Der Zufall im Recht.

Akademische Antrittsrede

gehalten

von

Dr. M. Rümelin,
Professor des römischen Rechts in Tübingen.

Freiburg i. B. und Leipzig 1896.
Akademische Verlagsbuchhandlung von J. C. B. Mohr
(Paul Siebeck).

GERMANY

Der Zufall im Recht.

Akademische Antrittsrede

gehalten

von

Dr. M. Rümelin,
Professor des römischen Rechts in Tübingen.

Freiburg i. B. und Leipzig 1896.
Akademische Verlagsbuchhandlung von J. C. B. Mohr
(Paul Siebeck).

Rec. Mar. 1, 1899.

Druck von H. Laupp jr in Tübingen.

Vorwort.

Die Rede ist im Wesentlichen in der Gestalt dem Druck übergeben, wie sie im November vorigen Jahrs gehalten wurde. Der wissenschaftliche Stoff sowie einzelne Detailausführungen sind in einem Notensystem beigefügt. Nur an einzelnen Stellen ist es nicht möglich gewesen, die für den Druck erforderlichen genaueren Ausführungen ganz in den Noten unterzubringen. Die Stellen, an denen grössere Einschaltungen in den Text vorgenommen wurden oder an denen die frühere populärer gehaltene Darstellung durch eine wissenschaftlichere ersetzt worden ist, finden sich in den Ausführungen über vis major und in dem polemischen Theil, der sich an die Bestimmung des Causalzusammenhangs bei schuldhaften Verletzungen, anschliesst.

Tübingen, den 10. August 1896.

Der Verfasser.

Hochansehnliche Versammlung!

Als an mich die Aufgabe herantrat, von dieser Stelle zu Ihnen zu sprechen, da vermochte ich eine Erinnerung nicht znrückzudrängen, die in diesem Augenblicke vielleicht auch manchen unter Ihnen bewegt. Ich musste des Vaters gedenken, dessen Stimme ich und viele von Ihnen so oft hier vernommen haben. Da war es mir denn ein lieber und bald vertrauter Gedanke, als ich im Bereich meiner gegenwärtigen Arbeiten ein Thema fand, bei dem ich an Ideen anknüpfen konnte, die ihn in der letzten Zeit seines Lebens beschäftigten und über die wir noch manches Gespräch ausgetauscht haben. Ich bitte Sie um die Erlaubniss, Ihre Aufmerksamkeit für die Frage nach der Bedeutung des Zufallbegriffs im Recht auf kurze Zeit in Anspruch nehmen zu dürfen.

Dass die Rechtswissenschaft Ursache hat, sich mit dem Zufall zu befassen, liegt bei der Rolle, die dieser Begriff in unserem Denken spielt, von vorneherein nahe, und lässt sich sofort durch eine Reihe von Beispielen belegen. Ist ja doch schon dem Laienbewusstsein die angebliche Rechtsregel ganz geläufig, dass für Zufall niemand einzustehen habe, und frägt man doch so oft auch im täglichen Leben, wenn eine menschliche Handlung ungeahnte Folgen nach sich zieht, z. B. ein bei einer Schlägerei ganz leicht Verwundeter in Folge einer Blutvergiftung stirbt, ob diese Folgen dem Thäter zugerechnet werden können, ob sie nicht vielmehr auf einen unglücklichen Zufall zurückzuführen

seien. Auch der so häufig gebrauchte Ausdruck höhere Gewalt oder force majeure steht, wie leicht ersichtlich, in nächster Beziehung zum Zufallbegriff. Das zeigt sich schon darin, dass in den Fällen höherer Gewalt, z. B. bei Erdbeben oder Blitzschaden, vielfach auch von unabwendbarem Zufall gesprochen wird.

In früherer Zeit ist in Folge dessen der Zufall oder Casus öfters zum Gegenstand ausführlicher juristischer Erörterungen erhoben worden [1]). Allein diese Ausführungen ermangelten einer tieferen Erfassung des Begriffs in seiner Relativität, sie führten zu unerspriesslichen scholastischen Distinctionen und sind desshalb gänzlich in Misscredit gekommen [2]). Neuerdings pflegt man meist den Begriff als einen bekannten vorauszusetzen und lediglich dem „unabwendbaren Zufall" oder der „höheren Gewalt" die Ehre einer ausführlichen Darlegung zu gönnen. Nur gelegentlich finden sich in der Literatur kurze Begriffsbestimmungen für den Zufall überhaupt.

Ueberschaut man jedoch diese letzteren, so trifft man keineswegs auf Uebereinstimmung [3]) und auch ein Blick auf die hervorgehobenen Verwendungen des Ausdrucks Zufall dürfte zeigen, dass man es nicht überall mit demselben Begriff zu thun hat.

Bei dieser Sachlage wird der Versuch einer erneuten

1) cf. Glück, Pandektencommentar Bd. 4 § 325.

2) s. Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht I § 21 S. 241.

3) Man vergl. z. B. Motive z. EGB. II S. 45 u. 64. Gelpcke, Gutachten zum 22. Deutschen Juristentag, Verhandlungen I S. 357. Merkel, in den Verhandlungen des 22. Deutschen Juristentags IV S. 118 und die Collision rechtmässiger Interessen und die Schadensersatzpflicht bei rechtmässigem Handeln (1895) S. 167. Wahlberg, Bemerkungen über Handlung und Zufall im Sinn des Reichsstrafrechts (Zeitschrift für die ges. Strafrechtswissensch. Bd. II. S. 204). Hess, Ueber Kausalzusammenhang und unkörperliche Denksubstrate (1895) S. 16.

Prüfung des Zufallsbegriffs nicht unangemessen erscheinen. Vielleicht, dass doch durch eine schärfere Erfassung desselben zur Klärung der Lehren, innerhalb deren er zum Vorschein kommt, beigetragen werden kann.

Dass wir dabei unter Anschluss an die Philosophie zunächst untersuchen müssen, welche Vorstellungen man im Allgemeinen mit dem Wort Zufall zu verbinden pflegt, liegt anf der Hand. Solche Begriffe wie Causalität, Handlung, Wille, Zufall u. a. werden ja doch von der Rechtswissenschaft nicht frei erfunden, sondern aus dem Schatz der durch die Philosophie näher präcisirten gemeinsamen Vorstellungen der Menschheit übernommen. Mit ihnen muss der Jurist ebenso rechnen wie mit der natürlichen Beschaffenheit der realen Güter, deren Vertheilung dem Recht obliegt. Der wissenschaftliche Sprachgebrauch vermag nur auf der also gewonnenen Basis genauere Festsetzungen zu treffen.

Lassen wir uns also dnrch kein Eifern gegen philosophische Jurisprudenz, das ja meistens doch nur an die Fabel von den sauren Trauben erinnert, abhalten, auf eine Analysirung des allgemeinen Zufallbegriffs einzutreten. Wir fassen zu diesem Zwecke nach erprobter Methode zuerst den Sprachgebrauch ins Auge. Da scheint es denn auf den ersten Blick wegen der Vieldeutigkeit des Worts recht schwer, einen festen Ausgangspunkt zu gewinnen. Nicht mit Unrecht hat Windelband in seiner Schrift über die Lehren vom Znfall [4]) den Begriff als einen protensartigen Gesellen bezeichnet.

Wir sprechen von Zufall vor allem in Bezug auf ein einzelnes Geschehen und stellen ihn in Gegensatz zu dem als nothwendig Erkannten, ebenso aber auch zu dem Vorausgesehenen, Erwarteten, oder zu dem was einem bewusst

4) Windelband, Die Lehren vom Zufall, Berlin 1870.

gesetzten Zweck entspricht. So sagen wir mit jeweils verschiedener Nuancirung: Es war kein Zufall, dass dieses Gerüst einstürzte, dies war durch die falsche Construktion nothwendig bedingt, oder: Zufällig begegnete ich auf meinem Spaziergang diesem oder jenem Bekannten. Wir pflegen es auch, wie schon öfter hervorgehoben, als einen Zufall zu bezeichnen, dass Columbus Amerika entdeckt, Berthold Schwarz das Pulver erfunden habe.

Der Ausdruck zufällig wird ferner verwendet bei der Begriffsbildung. Man unterscheidet zwischen begriffswesentlichen und zufälligen Eigenschaften und nennt eine zufällige Eigenschaft beispielsweise die Haarfarbe beim Menschen.

Endlich beziehen Metaphysik und Theologie den Zufallbegriff auf den letzten Grund aller Dinge, die Gesamtheit alles Geschehens und fragen, ob die Existenz der Welt auf Zufall oder Nothwendigkeit, bezw. auf Zufall oder göttlicher Zwecksetzung beruhe. Dabei sucht man, indem man den Zufall bestreitet, den letzten Grund aller Dinge als etwas im höchsten Sinn Werthvolles zu begreifen [5]).

Von diesen letzten metaphysischen Ausläufern wird man zunächst absehen dürfen, wenn man dem Ursprung des Zufallbegriffs nachgehen will, und ebenso lässt sich bei der Unterscheidung wesentlicher und zufälliger Begriffsmerkmale vermuthen, dass eine übertragene Bedeutung zu Grund liegt [6]).

5) s. Lotze, Mikrokosmus III 551. Die philosophische Terminologie führt zum Theil zu höchst merkwürdigen und sich widersprechenden Resultaten, So wenn z. B. die Wolff'sche Philosophie und auch Kant das absolut Nothwendige, das von nichts abhängt, in Gegensatz stellen zu allem regelmässigen Geschehen, das durch einen Grund bedingt also zufällig sei, oder wenn in diametralem Gegensatz hierzu Schelling zu einem Urzufall oder einer zufälligen Urthatsache gelangt (Schelling, Werke II 2 pag. 153 und II 1 pag. 464).

6) Diese Vermuthung wird schon dadurch nahe gelegt, dass

Wir werden nicht fehlgehen, wenn wir die häufigste Beziehung des Begriffs, die Beziehung auf das einzelne Geschehen und das einzelne Gewordene, auch für die ursprüngliche halten, wenn wir hier den eigentlichen Stammbegriff suchen. Und zwar dürfte nicht eine theoretische Spekulation im Reich der Möglichkeiten, eine Betrachtung darüber, ob etwas, was geschehen ist, nothwendig so geschehen musste, oder auch anders hätte geschehen können, zur Bildung des Begriffs geführt haben. Entscheidend wird vielmehr gewesen sein das praktische Bedürfniss nach einer Vorausberechnung künftigen Geschehens. Werden ja doch auch solche abstrakte Begriffe regelmässig zunächst im Anschluss an die Erfahrungen und Bedürfnisse des praktischen Lebens ausgebildet.

Darnach würde den ursprünglichen Gegensatz des Zufalls dasjenige bilden, was vorausgesehen, erwartet werden kann. Freilich ist zu jedem Voraussehen ein gesetzmässiges Erkennen auf dem Wege der Induktion, eine Unterscheidung des Allgemeinen und des Besonderen, der dem einzelnen Fall eigenthümlichen und der ihm mit anderen gemeinsamen, wiederkehrenden Merkmale erforderlich. Dadurch wurde z. B. Windelband (a. a. O. S. 70) zu der Bemerkung geführt, dass die eigentliche Heimath des Zufallbegriffs in der Logik zu finden sei. Allein, was im Bewusstsein hervortritt, ist doch immer nur das Verhältniss des als Zufall bezeichneten Vorgangs zu unserer Erwartung[7]).

Ist unsere Auffassung richtig, so müssen sich die wei-

man ebenso oft wie von zufälligen auch von unwesentlichen oder variabeln Merkmalen spricht.

7) Es kann daher Windelband nur zugegeben werden, dass der Zufallbegriff uns veranlasst oder nöthigt, weitere erkenntnisskritische Fragen aufzuwerfen. Dagegen dürfte eine Verschiebung des richtigen Ausgangspunktes vorliegen, wenn man die eigentliche Heimath des Begriffs in jenes Gebiet verlegt.

teren Bedeutungen des Zufallbegriffs auf diesen einen Ausgangspunkt zurückführen lassen.

Dies trifft in der That zu.

So zunächst bei den verschiedenen Nuancen des Zufallbegriffs, der in Gegensatz zur causalen Nothwendigkeit tritt. Sobald wir wissen, dass in einem einzelnen Fall sämmtliche Bedingungen eingetreten sind, an die sich erfahrungsmässig ein bestimmter Erfolg anschliesst, so ist die Vorhersehbarkeit des Erfolgs am sichersten gewährleistet. Desshalb muss die Nothwendigkeit den conträren Gegensatz zum Unvorhergesehenen, zum Zufall, bilden. Es liegt nun sehr nahe, diese Vorstellungsweise auch bei nachträglicher Beurtheilung eines Ereignisses zur Anwendung zu bringen. Wenn man auch nur nachträglich die Bedingungen übersieht, kann man sagen, das Ereigniss sei nothwendig gewesen, obwohl ein wirkliches Vorhersehen des Erfolgs nicht stattfand und nicht stattfinden konnte. Der Ausschluss des Zufallbegriffs erfolgt also vom Standpunkt einer nachträglichen Beurtheilung aus [8]).

Von hier wird man leicht noch einen Schritt weiter in das Gebiet der Abstraktion hinein geführt werden. Zwingt uns unser Denken, jedes Geschehen auf eine Summe von Bedingungen als Ursache zurückzuführen, so handelt es sich nur darum, diese Bedingungen zu kennen, um alles Geschehen als ein nothwendiges zu begreifen. So wäre denn vom Standpunkt der Allwissenheit der Zufall gänzlich zu eliminiren, und indem wir uns in diesen Standpunkt hineindenken, können wir zu der Behauptung gelangen, im objektiven Geschehen gebe es keinen Zufall. Der Zufallbegriff sei nichts anders als das Produkt unserer beschränkten menschlichen Erkenntniss. Dieser Aufstellung lässt sich

8) Nicht zu identificiren mit der später zu verwerthenden nachträglichen Prognose (s. von Liszt Strafrecht 6. Aufl. § 47 II Z. 2).

auch nicht mit dem Argument begegnen, dass zwar jedes Ereigniss als Folge bestimmter Bedingungen erscheinen, dass aber das Zusammentreffen der Bedingungen an einem bestimmten Ort und zu einer bestimmten Zeit keineswegs nothwendig sei [9]). Denn von dem einmal eingenommenen Standpunkt wäre jedes einzelne Geschehen auf eine weitere Ursache zurückzuführen, so lange bis man auf eine letzte Ursache kommt, aus der sich alles entwickeln musste [10]).

Wenn sich trotzdem die Vorstellung der causalen Zufälligkeit schlechterdings nicht aus dem menschlichen Denken verbannen lässt, wenn wir immer und immer wieder zu dem Resultat gelangen, es giebt doch einen Zufall, so beweist das nur, dass wir es nicht unterlassen können, den Massstab unserer Erfahrung anzulegen, dass wir jenen Standpunkt einer göttlichen Allwissenheit, auf welchen uns die Spekulation künstlich hinaufgeschraubt hat, nicht festzuhalten vermögen.

Den weiteren Verschiebungen des Zufallbegriffs in der Metaphysik nachzugehen, ist hier nicht der Ort. Ist man einmal auf dem Wege der Abstraktion über die logische Verknüpfung gegebener Thatbestände hinausgegangen, so liegt es nahe genug, die Frage nach Nothwendigkeit oder Zufall auch in Beziehung auf den letzten Grund aller Dinge zu stellen.

In gleicher Weise wie der causale Zufallbegriff lässt sich der teleologische auf das Moment der Nichtvorherseh-

---

9) So Rümelin, Rede über den Zufall, Reden und Aufsätze Bd. 3 S. 283.

10) Der in der Spekulation vollziehbare regressus in infinitum führt zur Eliminirung des Zufallbegriffs. (Windelband a. a. O. S. 58 N. 1). In dieser Beziehung wohl übereinstimmend auch Schuppe, Logik S. 218—221, der nur energisch hervorhebt, dass bei der logischen Verknüpfung von Gegebenem das Wo und Wann der bedingenden Umstände immer Zufall bleibe.

barkeit zurückführen. Weil wir auf Grund innerer Erfahrung sicher sind, dass auf unsere Willensimpulse entsprechende Körperbewegungen folgen, pflegen wir die eigenen Handlungen in schärfsten Gegensatz zum Zufall zu stellen [11]), und da sich an die Vorstellung der Körperbewegung diejenige gewisser erfahrungsgemäss damit verbundener Veränderungen der Aussenwelt unmittelbar anschliesst, bezeichnet man auch diese weiteren Folgen als gewollte im Gegensatz zu den zufälligen. So wäre denn Znfall vom Standpunkt dieser Betrachtung aus, was sich überhaupt nicht auf bewusste menschliche Handlung zurückführen lässt, oder was sich als unbeabsichtigte Nebenfolge einer menschlichen Handlung ergiebt. Im letzteren Sinn kann man die Entdeckung Amerikas einen Zufall nennen.

Nachdem man in solcher Weise den Zufall in Gegensatz zum menschlichen Zweck gebracht hat, wird dieselbe Vorstellung auf das Wirken der Gottheit übertragen. Geht man alsdann von der Anschauung aus, dass alles Geschehen auf göttliche Zwecke zurückzuführen sei, so wird man wie bei der causalen Betrachtung zu dem Resultat gelangen, dass es keinen Zufall gebe. Vom Standpunkt einer weniger geklärten Weltanschauung aus pflegt man zwischen demjenigen Geschehen, in dem sich die göttlichen Zwecke verwirklichen und einem andern, bei dem das nicht zutrifft, zu unterscheiden und das letztere zufällig zu nennen. Danach würde vor allem das Wunder im ausgesprochensten Gegensatz zum Zufall stehen [12]).

Mit dem teleologischen Zufallbegriff dürfte schliesslich

11) Ob dabei der Willensimpuls selbst bedingt oder indeterminirt (also zufällig) sei, ist eine Erwägung, die vollständig bei Seite bleibt.

12) Ueber den Gegensatz, in den diese Bezeichnungen zu den auf Grund des causalen Zufallbegriffs gewonnenen treten, vergl. Windelband a. a. O. S. 55—56.

auch der logische in Zusammenhang stehen. Wenn ich bei Gelegenheit einer Begriffsbestimmung gewisse Merkmale als zufällige bezeichne, so geschieht dies deshalb, weil ich bei meiner Absicht, die in allen Anwendungsfällen des Begriffs gleichbleibenden Merkmale aufzufinden, jene nicht gesucht habe.

Doch kehren wir zu unserem Kern- und Stamm-Begriff zurück, nach dem der Zufall das nicht Vorhergesehene und erfahrungsgemäss nicht Vorhersehbare bedeutet. Dies ist der Begriff, von dem nicht allein das tägliche Leben ausgeht, sondern den auch die meisten Wissenschaften zu Grunde legen. Ihn verwendet regelmässig der Naturforscher, so wenn er beim Experiment die Wirkungen des Zufalls, d. h. der von ihm nicht vorhergesehenen und nicht in Rechnung gezogenen Momente auszuschalten sucht, oder wenn er die Frage stellt, ob das Zusammentreffen gleicher Eigenthümlichkeiten bei Mutter und Kind auf Zufall oder auf Vererbung beruhe [13]). Mit ihm rechnet der Philologe, wenn er frägt, ob die Uebereinstimmung mehrerer Handschriften an einer Stelle Zufall sei oder nicht. Er meint damit, ob man bei Kenntniss der allgemeinen Bedingungen, unter denen die einzelnen Verfasser arbeiteten, die Uebereinstimmung hätte vorhersehen können. Dieser Zufallbegriff ist endlich, wie wir noch genauer sehen werden, in der Rechtswissenschaft in verschiedener Weise verwerthet.

Er dürfte auch bei denjenigen Schriftstellern zu Grunde liegen, die speziell auf das Zusammentreffen beziehungsloser Causalreihen abstellen wollen [14]). Denn mehrere beziehungs-

---

13) Von dem näher zu bestimmenden Begriff des absoluten Zufalls im Sinn der Wahrscheinlichkeitsrechnung kann hier abgesehen werden (cf. über denselben Wundt, Logik I S. 399—401 und von Kries, Ueber den Begriff der objektiven Möglichkeit, Vierteljahrsschrift für wissenschaftliche Philosophie Bd. XII S. 187).

14) Rümelin a. a. O. S. 286. Wahlberg a. a. O. S. 205.

lose Causalreihen wird man gerade da annehmen, wo von der Kenntniss des einen Bedingungscomplexes aus nicht auf den Eintritt des andern geschlossen werden kann. Wo unsere Erfahrung dagegen einen typischen Zusammenhang der einzelnen Bedingungen in dem Sinn aufweist, dass nach Eintritt einer Gruppe von Bedingungen das Hinzutreten der übrigen mit grösserer oder geringerer Wahrscheinlichkeit erwartet werden kann, da wird man eine einheitliche Causalreihe annehmen [15]).

Versuchen wir nunmehr, unsern empirischen Zufallbegriff etwas genauer zu präcisiren.

In dem Merkmal der Vorhersehbarkeit ist schon enthalten, dass ein bestimmter Standpunkt angegeben werden muss, von dem aus soll vorausgesehen werden können. Der Zufallbegriff führt uns also, wie namentlich Schopenhauer hervorgehoben, immer zu einer Relation. Es ist etwas zufällig in Beziehung auf etwas anderes. Desshalb wird besonders häufig von Zufall beim Zusammentreffen zweier einzelner Ereignisse gesprochen:

Zufällig traf den X der Schlag, als ich ihn eben anredete. Zufällig gieng ich gerade über die Neckarbrücke, als die Sonne untergieng. Das Ereigniss, welches als Zufall bezeichnet wird, kann aber auch bezogen werden auf einen vorausgegangenen Zustand oder auf die Gesammtheit der zur Zeit bekannten Umstände. So kann z. B. die Frage gestellt werden: War es Zufall, dass der Altels abstürzte, nachdem ein ungewöhnlich heisser Spätsommer vorausgegangen war? Oder man kann fragen, ist es Zufall, dass

---

15) Da man somit von der Vorstellung des Zusammentreffens beziehungsloser Causalreihen auf das Moment der Vorhersehbarkeit zurückgeführt wird, ist es auch nicht wohl angängig, wie Wahlberg a. a. O. S. 205 will, einen besonderen Begriff des objektiven Zufalls, beschränkt auf ein solches Zusammentreffen zu statuiren.

es heute regnet, d. h. konnte man nach allem dem, was man vorher vom Wetter wusste, den Regen voraussehen?

Aus dieser Relativität des Zufallbegriffs ergibt sich, dass vielfach über ein und denselben Vorgang ganz verschieden geurtheilt wird je nach den Voraussetzungen, von denen man ausgeht. Höre ich z. B., dass jemand bei einer Besteigung des Matterhorns, die er ohne Führer unternommen hat, verunglückt ist, so bin ich sofort bereit, das Urtheil auszusprechen, das war kein Zufall, das musste so kommen. Vernehme ich aber weiter, dass er der Tour vollständig gewachsen war, dass er an einer verhältnissmässig ungefährlichen Stelle etwa in Folge des Aufsteigens eines Vogels abstürzte, so sage ich, ein unglücklicher Zufall ist die Ursache seines Todes gewesen. Oder ein anderes Beispiel:

Es sieht jemand auf einer eingeleisigen Bahn zwei Züge mit voller Geschwindigkeit auf einander losstürmen. Er wird es gewiss nicht für einen Zufall erklären, wenn sie zusammenstossen, sondern er wird bei günstigem Verlauf etwa sagen können, zufällig bemerkte einer der Zugführer die Gefahr, so dass noch rechtzeitig gebremst werden konnte. Nimmt man dagegen die Prämisse weg, dass die Züge schon auf der Fahrt gegeinander begriffen sind, zieht also in die Fragestellung mit herein, wie es kommt, dass sie gegeneinander abgelassen wurden, so kann sich leicht als Resultat der Untersuchung ergeben, dass ein Zufall vorgelegen habe.

Hieraus folgt, dass auch bei jeder wissenschaftlichen Verwerthung des Zufallbegriffs genau der Standpunkt angegeben werden muss, von dem aus die Beurtheilung erfolgen soll. Namentlich wird es sich darum handeln, ob die erst nachträglich bekannt gewordenen Umstände mit in Rechnung gezogen werden sollen oder nicht. Ein für allemal voraussetzen wird man nur die Naturgesetze, sowie die allgemein bekannten Erfahrungsregeln und Erfahrungsthatsachen.

Wird somit auf der einen Seite das Urtheil bestimmt durch die Prämissen, von denen man ausgeht, so ist es andererseits abhängig von dem Grad der Wahrscheinlichkeit, den man verlangt, um ein Ereigniss für vorhersehbar zu erklären. Die Fälle, in denen mit Bestimmtheit vorhergesehen werden kann, sind wegen der so unendlich mannigfaltigen Verkettung alles Geschehens und wegen der Begrenztheit menschlicher Einsicht überaus seltene. Regelmässig wird es sich nur darum handeln, ob eine mehr oder minder erhebliche Begünstigung des Erfolgs durch die vorausgegangenen Umstände stattgefunden hat. Der Zufallbegriff tritt demnach in Verbindung und Gegensatz zu dem namentlich von juristischer Seite viel erörterten [16]) Begriff der Gefahr, womit wir freilich nur die Begünstigung eines schädlichen Erfolgs zu bezeichnen pflegen.

Ueber diesen Begriff und seine Grundlagen wird eine kurze Verständigung von Nöthen sein [17]).

Unbestreitbar ist, dass unsere Urtheile über Gefahr und Zufall auf einem Wissen, wenn auch auf einem unvollständigen Wissen beruhen, und dass wir insofern die blos vermeintliche Gefahr und den blos vermeintlichen Zufall von der wirklichen Gefahr und dem wirklichen Zufall zu unterscheiden vermögen. Auch wo kein schädigender Erfolg eingetreten ist, kann man zu dem Urtheil gelangen, dass eine Gefahr vorgelegen habe, wenn nemlich nach allem, was wir von den Bedingungen wissen, der Erfolg mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten war [18]). Unser Urtheil beruht auf der

---

16) s. von Liszt, Strafrecht § 28.

17) Dass auch der Gefahrbegriff insofern ein relativer ist, als die Prämissen feststehen müssen, von denen aus die Gefährlichkeit einer Situation beurtheilt werden soll, bedarf keiner weiteren Hervorhebung.

18) Dies ist in musterhafter Weise entwickelt von v. Kries in der Zeitschrift f. wissenschaftliche Philosophie Bd. 12 S. 290 bis

genauen Kenntniss eines Theils der concreten Bedingungen, ferner auf dem Wissen von den Spielräumen des Geschehens, die von einem solchen Standpunkte aus noch offen bleiben. So wissen wir z. B., dass der Würfel auf einer der 6 Seiten liegen bleiben, und wenn er theils roth theils blau angestrichen ist, dass entweder ein rothes oder ein blaues Feld oben liegen muss. Dieses Wissen kann ein ganz exaktes sein, wie eben das angeführte Beispiel beweist. Dazu kommt noch ein Wissen oder Erwarten über das häufigere oder seltenere Eintreffen der noch ausstehenden unbekannten Bedingungen, ein Wissen oder Erwarten, das meistens nur auf der mehr oder weniger ausreichenden Erfahrung des gewöhnlichen Lebens beruht, das aber auch durch statistische Beobachtungen gestützt und dann ebenfalls ein fest begründetes sein kann [19]). Diese weiteren Kenntnisse über die Spielräume des Geschehens und über die Wahrscheinlichkeit des Eintritts weiterer Bedingungen sind, auch wo sie auf Exaktheit keinen Anspruch erheben können, für das praktische Leben von allergrösstem Werth, ja geradezu unentbehrlich. Sie ermöglichen uns allein, unser Verhalten vorsorgend der Zukunft anzupassen.

294, dessen Ausführungen für die ganze Frage, so auch für das Folgende von grundlegender Bedeutung sind.

19) Dies scheint uns der richtige Standpunkt in Beziehung auf den zwischen v. Kries a. a. O. und Finger (Der Begriff der Gefahr und seine Anwendung im Strafrecht, Prag 1889) geführten Streit zu sein. Unzweifelhaft irrig ist es, wenn Finger die Möglichkeitsurtheile nur als subjektive, als Aussagen über ein Nichtwissen bezeichnet. Nicht zu verwerthen ist u. E. bei der endgültigen Fällung des Urtheils die Wahrscheinlichkeitsrechnung. Dieselbe geht von der Voraussetzung gleicher oder sonst zahlenmässig bestimmter Möglichkeiten aus, vermag aber nicht diese Voraussetzungen selbst festzustellen. So Windelband, Zufall S. 30 ff., Elsas, Kritische Betrachtungen über die Wahrscheinlichkeitsrechnung (letzterer gegen von Kries: Die Principien der Wahrscheinlichkeitsrechnung, Freiburg 1886).

Wie oft sich auf der andern Seite zeigt, dass dieses Wissen Stückwerk ist, ist allbekannt. Bei vollständiger Kenntniss aller einschlagenden Bedingungen sind niemals Urtheile über Möglichkeit, Wahrscheinlichkeit, Gefahr und Zufall mehr denkbar. Auch ist das Wissen einer fortwährenden Umbildung unterworfen, und wie oft ist schon das Urtheil einer bestimmten Zeit über die Gefährlichkeit oder Ungefährlichkeit einer bestimmten Handlung oder Erscheinung in Folge einer Erweiterung unseres Wissens von Grund aus umgestaltet worden. Man denke nur z. B. an das Wassertrinken während eines angestrengten Marsches, an das Baden von Fieberkranken u. dergl. Schon insofern leiden die Gefahrurtheile an einer gewissen Unsicherheit. Eine noch viel grössere Unsicherheit aber wird dadurch bewirkt, dass zu dem Urtheil, es liege Gefahr vor, eine quantitative Bestimmung nothwendig ist. Die Gefahr kann eine grössere oder geringere, oder wie man auch zu sagen pflegt, eine nähere oder entferntere sein [20]). Welches Mass von Wahrscheinlichkeit soll nun genügen, damit wir vom Vorhandensein einer Gefahr sprechen und rückblickend den eingetretenen Erfolg als einen den uns bekannten Bedingungen adäquaten entsprechenden bezeichnen? [21]).

Dafür dürften sich schwerlich ein für allemal feste Grenzen angeben lassen. Wohl sind die extremen Fälle bestimmbar. Wenn eine Höllenmaschine in unmittelbarer Nähe eines Menschen explodirt und dieser getötet wird, ist der Erfolg gewiss ein adäquater. Man hat diese Fälle, in denen die Wahrscheinlichkeit eines Erfolgs nach allem, was wir

20) von Kries in der Zeitschrift für wissenschaftliche Phil. Bd. 12 S. 288 N. 1 will das „näher“ oder „entfernter“ nur auf den Zeitpunkt beziehen.

21) von Kries a. a. O. unterscheidet zwischen adäquater und zufälliger Verursachung.

von den Bedingungen wissen, eine sehr grosse ist, als Fälle der absoluten Gefahr bezeichnet[22]). Ebenso sicher wird die Gefahr verneint, wenn nach den bekannten Bedingungen keinerlei Erwartung eines bestimmten Erfolgs begründet war. Zwischen diesen beiden Extremen in der Mitte liegt nun aber eine breite Masse von Fällen, in denen man, je nach der Betrachtung, von der man ausgeht, eine Gefahr statuiren, oder zu dem entgegengesetzten Urtheil gelangen kann. In der Regel allerdings wird man Gefahr annehmen, wenn die Chancen des schädlichen Erfolgs überwiegen. Allein wie oft, namentlich wo sich diese Chancen nicht mit Sicherheit bestimmen lassen, geht man in der Anwendung des Gefahrbegriffs viel weiter. Auch ist das Urtheil keineswegs ausschliesslich von Wahrscheinlichkeitserwägungen abhängig. Nehmen wir z. B. an, es schiesst jemand aus Leichtsinn mit einer schwachen Schrotladung auf der Strasse und verletzt einen in weiter Entfernung befindlichen Menschen tötlich, dadurch dass er ihn ins Auge trifft. Gewiss werden wir geneigt sein, die Gefährdung eines Menschenlebens und dem entsprechend die adäquate Verursachung in diesem Fall zu bejahen, obwohl die Gefahr im Hinblick auf die Entfernung und die Unwahrscheinlichkeit, dass gerade das Auge getroffen würde, eine sehr geringe war. Hier spielen offenbar ethische Werthurtheile, Erwägungen darüber, wie man sich verhalten soll, in unser Urtheil hinein. Ist gar eine menschliche Absicht auf den schädlichen Erfolg gerichtet gewesen, so wird man auch bei dem geringsten Grad von Wahrscheinlichkeit eine Gefährdung annehmen. Ebenso werden wir bei einem frivolen Handeln, wie es in dem angeführten Beispiel vorliegt, leichter als sonst geneigt sein, von Gefährdung zu sprechen, und zwar um so mehr,

22) v. Kries a. a. O. S. 291 u. 292.

je höher das gefährdete Gut geschätzt wird. In vielen Fällen ist endlich die Annahme einer Gefährdung lediglich das Resultat eines Vergleiches mit einer als normal gedachten Situation. So kann ich sagen, der Betriebsunternehmer gefährde durch Zuziehen von Hilfspersonen oder durch Verwendung von Dampfkräften oder Elektricität seine Kunden und das Publikum, indem ich mir vorstelle, wie das Verhältniss ohne diese Massnahmen wäre.

Wie stellt sich nun zu diesen verschiedenen Urtheilen über vorhandene Gefahr der Begriff des Zufalls? Ein nothwendiger Gegensatz der Begriffe findet zweifellos nicht statt. Man kann trotz Anerkennung einer Gefährdung von Zufall sprechen, ja sogar im Fall absoluter Gefahr behaupten, dass noch der Zufall seine Hand im Spiel gehabt habe. Man denkt sich dann eben als Gegensatz des Zufalls die Gewissheit. Ebenso unzweifelhaft ist es aber möglich, den Zufall allen diesen Gefährdungsbegriffen gegenüberzustellen, und auch bei geringen Gefährdungen, wenn der der Gefährdung entsprechende Erfolg eintritt, den Zufall auszuschliessen. Freilich wird man dazu, je geringer die Gefahr gewesen ist, um so weniger geneigt sein. Dadurch ist es nahe gelegt, die Ereignisse, die in keiner Weise einer Gefährdung entsprechen, als reine Zufälle oder auch als absolute Zufälle zu bezeichnen.

Das Nebeneinandertreten der verschiedenen Beurtheilungsweisen mag noch durch ein Beispiel illustriert werden:

Ich sehe einen Soldaten auf die Scheibe anlegen und Spiegel treffen. Der neben ihm stehende Offizier sagt, das ist der reine Zufall, dass Du überhaupt die Scheibe getroffen hast, denn Du hast die Augen zugedrückt und abgerissen. Diese Kritik mag eine vollkommen zutreffende sein, und doch ist man auch und zwar von denselben Prämissen aus zu dem Urtheil berechtigt, dass die Durchbohrung

der Scheibe an der betreffenden Stelle nicht auf Zufall beruhe. Denn immerhin ist durch den in der Richtung der Scheibe abgegebenen Schuss jeder einzelne Punkt derselben bis zu einem gewissen Grade bedroht gewesen.

Soweit führt uns die Analysirung der mit dem populären Zufallbegriff verbundenen Vorstellungen. Sehen wir nunmehr zu, inwiefern die Jurisprudenz an dieselben anzuknüpfen vermag [23]).

Dass eine Präcisirung in doppelter Richtung erforderlich sein wird, wenn der Zufallbegriff in der juristischen Wissenschaft verwerthet werden soll, ergibt sich aus dem bisher Ausgeführten. Es muss einmal bestimmt werden, von welchen Voraussetzungen aus das Urtheil über den Zufall abgegeben wird, und es ist ferner anzugeben, welches Mass von Voraussehbarkeit den Gegensatz zum Zufall zu bilden hat.

Bekanntermassen tritt der Zufall auf juristischem Gebiet vor allem in Gegensatz zur Verschuldung. So wenn das Princip aufgestellt wird, dass man nur für schuldhafte nicht auch für zufällige Verletzung fremder Rechte und Interessen aufzukommen habe, oder wenn gesagt wird, dass der Schuldner durch eine zufällige d. h. unverschuldet eintretende Unmöglichkeit der Erfüllung von seiner Verpflichtung befreit werde (das Hauptanwendungsgebiet des Sprichworts casus a nullo praestantur), oder wenn man dem Käufer die Gefahr des zufälligen (d. h. vom Verkäufer nicht verschuldeten) Untergangs der Sache auferlegt [24]).

23) Wobei übrigens nur die wichtigsten Funktionen des Zufallbegriffs einer genaueren Prüfung unterzogen werden sollen.

24) Auch wenn unsere Processordnungen (CPO. § 211 SPO § 44) bestimmen, dass bei unabwendbaren Zufällen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den Ablauf von Fristen gewährt werden solle, so dürfte der Begriff des unabwendbaren Zufalls nicht anders als durch den Gegensatz zum Verschulden bestimmt werden können. So eine Reihe von Schriftstellern z. B. v. Canstein in der Zeitschrift

Dass diese Begriffsbildung unmittelbar an den allgemeinen Zufallbegriff anknüpft, liegt auf der Hand. Die Rechtsordnungen stellen das Postulat an ihre Unterthanen, ein Verhalten zu unterlassen, von dem vorhergesehen wird oder vorhergesehen werden kann, dass es in fremde Rechte und geschützte Interessen verletzend eingreift. Sie stellen an den Schuldner die Anforderung, dass er die vorhersehbaren schädigenden Ereignisse von dem Gegenstand seiner Verpflichtung abwende. Man geht dabei vom Standpunkt eines bestimmten Thäters oder Schuldners aus und frägt, was dieser voraussehen und demgemäss, so nimmt man an, abwenden konnte. Das Mass der Voraussehbarkeit, das man zu Grund legt, bestimmt sich nach einem praktischen Massstab, und zwar in der Regel nach den Anforderungen, die vernünftigerweise an die Voraussicht und an die Berück-

für Deutschen Civilprozess Bd. 16 S. 1 ff. und namentlich S. 111 ff., der auf dem Weg der Interpretation zu diesem Resultat gelangen will, Gelpcke und von Schey in ihrem Gutachten zum 22. Deutschen Juristentag (Verhandl. I S. 384 II S. 61). die in der Bestimmung nur eine Warnung vor zu laxer Praxis erblicken, und endlich Gerth (Der Begriff des vis major nach römischem und Reichsrecht § 11) und Bruckner (krit. Vierteljahrschrift Bd. 36 S. 393, 394) die zwar davon ausgehen, dass das Gesetz den unabwendbaren Zufall im Sinn der höheren Gewalt gemeint habe, aber diesen Standpunkt für praktisch undurchführbar erklären. Richtiger Ansicht nach hilft schon die Interpretation. Das Wort unabwendbarer Zufall kann sehr wohl vom Standpunkt dessen, der die Wiedereinsetzung begehrt, gebraucht sein. Es wird gefragt, was er hätte voraussehen und abwenden können und sollen. Nur werden an seine Vorsicht besonders strenge Anforderungen gestellt. Bei dieser Interpretation kommt man zu einem vernünftigen Sinn, während für die Verwendung des sonst üblichen vis major-Begriffs, der, wie weiter unten zu erörtern, mit dem Begriff der Betriebsgefahr zusammenhängt, gar keine Basis gegeben ist und eine Beschränkung des Ausdrucks auf Zufälle, denen von einem Dritten ebensowenig hätte begegnet werden können wie vom Imploranten, durchaus irrationell wäre. Mit den in den Motiven (S. 172) hervorgehobenen rationes legis und mit der in der Rechtsprechung des RG. zu Tage tretenden Grundtendenz lässt sich unser Resultat in Einklang bringen (cf. auch den Zusatz in SPO. § 44).

sichtigung fremder Interessen gestellt werden können. Nichts anderes ist gemeint, wenn man auf die diligentia boni patris familias, das Verhalten eines besonders tüchtigen und gewissenhaften Manns verweist[25]).

Obwohl nun diese Gegenüberstellung von Schuld und Zufall, welche die heutige Privatrechtsdoktrin beherrscht, zu durchaus klaren Begriffen führt, lassen sich doch gewisse Bedenken gegen sie nicht unterdrücken.

So schon bei der Befreiung des Schuldners durch zufällige Unmöglichkeit der Leistung. Hier kommt man bei dem Versuch, alles was nicht Schuld ist Zufall zu nennen, in einen unvermeidlichen Gegensatz zum allgemeinen Sprachgebrauch. Die populäre Vorstellung des Zufalls trifft ja ohne Weiteres zu in den Fällen, an die man zunächst zu denken pflegt, bei einer Feuersbrunst, beim Tod eines zu liefernden Thieres u. dergl. Man wird sich auch noch bereit finden lassen, Diebstähle oder Sachbeschädigungen seitens Dritter, sofern sie nicht durch mangelhafte Aufbewahrung ermöglicht waren, als Zufälle vom Standpunkt des Schuldners aus zu bezeichnen. Allein in einen bösen Conflikt mit den allgemein üblichen Vorstellungen geräth man, wenn Handlungen des Schuldners selbst als Zufall aufgefasst werden sollen. Z. B. der Verpflichtete hat in schuldloser Weise die herauszugebende Sache mit einer andern verwechselt und

25) In dieser Verweisung auf das Verhalten eines gewissenhaften Mannes ist nicht ausschliesslich ein Massstab in Bezug auf die Voraussicht gegeben. Es ist, wie in der Literatur schon öfter hervorgehoben, auch auf eine vernünftige Abwägung der eigenen und der eventuell gefährdeten fremden Interessen abgestellt. Es kann unter Umständen von einer gar nicht so entfernt liegenden Gefährdung abgesehen werden, weil überwiegende Interessen verlangen, dass man sich über dieselben hinwegsetzt. Aus diesem Grund war es irrig, wenn ein höchster Gerichtshof in dem Beginn eines Eisenbahnbetriebs wegen der damit verbundenen Betriebsgefahr ein Verschulden sah (S.A. Bd. 14 S. 350).

sie verzehrt, oder er ist durch Täuschung veranlasst worden, den verkauften Gegenstand statt an den Käufer an einen Dritten auszuliefern. Hier ist ja der physische Vorgang der Zerstörung oder Verbringung unmittelbar gewollt. Zufällig, unverschuldet, ist nur der Eingriff in die Interessensphäre des Gläubigers. Es liegt aber eine offenbare Umdeutung des Zufallbegriffs zu Grund, wenn man denselben nicht mehr auf das äussere Geschehen, sondern auf den Vermögenserfolg bezieht.

Ausserdem widerstrebt es dem Zufallbegriff, sich je nach dem Grad von Schuld, für den in den einzelnen Verhältnissen gehaftet wird, verschieben zu lassen. Wer eine Sache geliehen bekommen hat, muss für die Sorgfalt eines besonders gewissenhaften und tüchtigen Menschen einstehen, wer sie aus Gefälligkeit zur Aufbewahrung übernommen hat, dagegen nur für die Sorgfalt eines gewöhnlichen Durchschnittsmenschen [26]). Daraus folgt, dass ein und derselbe Vorgang, sagen wir der Diebstahl einer nicht ganz sorgfältig verwahrten Sache, als Zufall oder Nichtzufall erscheint, je nachdem er einen geliehenen oder einen hinterlegten Gegenstand betrifft.

Diese Bedenken haben schon in der bisherigen Doktrin Anlass gegeben, statt des Ausdrucks Zufall das Fremdwort Casus zu gebrauchen, obwohl dasselbe von den Römern schwerlich in diesem Sinn verwendet worden ist [27]). Sie

26) Nach dem BGB. für die Sorgfalt, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt. (Reichstagsvorlage § 677, Gesetz § 690.)

27) Zu vergleichen über den Begriff des Casus Brinz, Pand. 2. Aufl. II § 276. Mommsen, Beitr. z. Obligationenrecht I S. 241 ff. Pernice Labeo II S. 372—377. Gegenüber Pernice dürfte doch wohl daran festzuhalten sein, dass der Ausdruck „casus“ in zwei verschiedenen Bedeutungen, in scharfer teleologischer Zuspitzung als Gegensatz des dolus (s. die bei Pernice l. c. S. 373 N. 3 an-

haben die Verfasser der deutschen Entwürfe bewogen, statt dieses rein negativen Zufallbegriffs den Ausdruck „ein von dem Schuldner nicht zu vertretender Umstand" einzusetzen [28]).

Etwas anders steht es auf dem Gebiet des unerlaubten Handelns. Hier ist es wohl nie jemand eingefallen, den Zufall schlechthin als contradiktorisches Gegentheil der Schuld zu behandeln, und etwa bei der in Nothwehr oder Nothstand begangenen Verletzung von Zufall zu sprechen, oder gar die vom Lehrer einem Jungen in Ausübung des Züchtigungsrechts ertheilten Prügel als zufällige zu bezeichnen. Schon eher wird man die Behauptung hören können, dass die Handlungen Unzurechnungsfähiger einen Zufall im Rechtssinn darstellten. Ihren eigentlichen Sitz hat die Gegenüberstellung von Schuld und Zufall jedoch da, wo es sich um die Bestimmung des Grades der Vorhersehbarkeit eines Erfolgs vom Standpunkt eines gegebenen Verhaltens aus handelt. Schuld liegt vor, wenn Vorhersehen und Berücksichtigung des Vorhergesehenen hätte verlangt werden können, in allen anderen Fällen wäre Zufall anzunehmen.

Gerade hier aber erheben sich Zweifel, ob das Recht bei dem Gegensatz von Schuld und Zufall stehen bleiben kann, ob, wenn dies geschieht, nicht der Schuldbegriff in

geführten Stellen) und als Gegensatz zur culpa jeglicher Art vorkommt. Auf die haftungsfreien Culpa-Fälle des depositums wird der Casus-Begriff nicht bezogen. Auch scheint er nur auf Unfälle, die den Leistungsgegenstand betreffen, jedoch nie auf eigene Handlungen des Schuldners angewendet worden zu sein.

28) 1. Lesung § 237, 239, 240; 2. Lesung § 232, 236, 238; Reichstagsvorlage 269, 274, 276; letzte Fassung 275, 280, 282. Ausserdem musste für diese Wendung auch der Umstand sprechen, dass die betreffenden Paragraphen auch auf Fälle der Casus-Haftung, so z. B. das receptum cauponis mitzubeziehen sind. Eine sachliche Aenderung gegenüber dem bisher geltenden Recht war bei der Aenderung des Ausdrucks nicht beabsichtigt.

ungebührlicher Weise ausgedehnt oder doch in verschiedenen Bedeutungen verwendet werden muss. Man nehme folgendes Beispiel:

Ein soeben zum Hauptmann beförderter Offizier (sagen wir: Landwehroffizier) hat sich nach sorgfältigster Prüfung ein Pferd gekauft, das nach sachverständigem Urtheil seinen Reitkenntnissen entsprechend fromm ist. Beim Ausrücken begegnet er einem Dampfpflug, das Pferd scheut heftig; während ein ganz perfekter Reiter es wieder zur Ruhe gebracht hätte, begeht unser Hauptmann einen Kunstfehler, es wird ein in der Nähe befindlicher Arbeiter überrannt und getötet. Dass man hier nicht von einer Schuld im gewöhnlichen Sinn des Worts sprechen kann, tritt schon darin zu Tag, dass es keinem Richter einfallen wird, den Offizier wegen fahrlässiger Tötung zu einer Strafe zu verurtheilen. Es ist keineswegs die vernünftigerweise gebotene Vorsicht ausser Acht gelassen. Denn wenn der Offizier auch zweifeln konnte, ob es ihm bei seiner Reitfertigkeit gelingen würde, in besonders schwierigen Situationen das Pferd zu beherrschen, so brauchten ihn doch solche Zweifel mit Rücksicht auf die gegenüberstehenden Interessen weder dazu zu veranlassen, von diesem Kauf abzustehen, noch zu Fuss auszurücken. Es braucht auch keine Abweichung von dem Normaltypus des ordentlichen Reiters, kein Unterlassen der billigerweise zu erwartenden Anstrengungen behufs Erlangung von Reitkenntnissen vorzuliegen. Dennoch wird es für den Civilrichter möglich sein, eine Schadensersatzpflicht anzuerkennen, ohne dass er auf die etwaigen Bestimmungen über Beschädigungen durch Thiere zurückgreifen müsste, also eine Schadensersatzpflicht wegen Verschuldens. Und zwar wird er dieses Urtheil noch unmittelbar auf die Quellen des römischen Rechts zu gründen vermögen, die wiederholt ein Verschulden annehmen, sobald ein anderer

die Sache hätte besser machen können [29]). Vielleicht dürfte die Praxis sogar geneigt sein, ohne jene Feststellung, dass ein besserer Reiter die Beschädigung hätte vermeiden können, zur Verurtheilung zu schreiten, indem sie aus der Verletzung ohne weiteres auf die mangelnde Tüchtigkeit zurückschliesst, oder in dem Reiten im Bewusstsein der Gefährdung schlechthin ein Verschulden erblickt [30]). Sehen wir von den letztgenannten Fiktionen ab, die nach geltendem gemeinem Recht nicht begründet sind und durch welche eine weitgehende Haftung wegen Gefährdung fremder Interessen zum eigenen Vortheil einzuschmuggeln versucht wird, und fragen wir nach dem Gedanken, der aus jenen römischen Quellenentscheidungen entnommen werden kann [31]). Derselbe dürfte sich kurz dahin präcisiren lassen, dass bei einem gefahrbringenden Handeln im eigenen Interesse jeder Mangel an vollster Tüchtigkeit zur Schuld im civilrechtlichen Sinn gerechnet wird. Erforderlich ist also vor allem eigenes Interesse des Handelnden [32]). Bei altruistischer Thätigkeit, z. B. bei der Thätigkeit des Arztes, ist die Ab-

29) l. 1 § 5 D. 9, 1; § 8 J. 4, 3; l. 1 § 4 D. 44, 7; § 2 J. 3, 14; l. 8 § 1 D. 9, 2. Allerdings wäre es nicht unmöglich zu interpretiren „ein anderer Durchschnittsmensch“. Allein diese Beschränkung ist nicht ausgedrückt und die Praxis hat mithin die Möglichkeit der strengeren Auslegung, von der sie auch Gebrauch macht.

30) Vergl. Merkel, Collision berechtigter Interessen S. 61.

31) Nicht als ob die römischen Juristen selbst diese Gedanken klar entwickelt hätten. Ob dieselben überhaupt zu solchen Analysen gelangten, wie sie im Folgenden versucht sind, wird in hohem Grad zweifelhaft sein. Auch Pernice bei seinen sorgfältigen Forschungen über den Culpa-Begriff hat keine Spuren nach dieser Richtung gefunden.

32) Man könnte einwenden, der Offizier handle nicht in Ausübung eigener, sondern in Bewährung staatlicher Interessen. Diese Erwägung könnte aber höchstens dazu führen, dass der Staat seinen Angestellten die Haftung abzunehmen hätte. Dem Verletzten gegenüber liegt jedenfalls egoistisches nicht altruistisches Handeln vor.

grenzung der Schuld eine andere. Hier wird man von einem Durchschnittstypus der ärztlichen Bildung ausgehen und nur bei Abweichung von diesem Durchschnittstypus die Ersatzpflicht eintreten lassen[33]). Man wird einen gewöhnlichen Arzt nicht desshalb zum Ersatz verurtheilen, weil dieser oder jener berühmte Chirurg die Operation besser ausgeführt hätte. Es ist ferner erforderlich, dass dieses Handeln im eigenen Interesse als ein gefahrbringendes aufgefasst werden kann, und dass in Verwirklichung solcher Gefahren ein Schaden zugefügt wird. Damit aber nicht genug! Es muss dem Handelnden insofern noch ein subjektiver Vorwurf gemacht werden können, als von ihm ein Mangel an vollster Tüchtigkeit bekundet wird.

Dass mit diesen Entscheidungen über den gewöhnlichen Schuldbegriff hinausgegangen und ein Stück Gefährdungshaftung — wenn auch ein eng begrenztes — eingeführt wird, sollte keinem Zweifel unterliegen. — Allerdings geht ja der civilrechtliche Schuldbegriff über den strafrechtlichen schon insofern weit hinaus, als der Strafrichter immer die individuellen Verhältnisse und Fähigkeiten des Thäters zu berücksichtigen hat, während das Civilrecht einen Durchschnittstypus aufstellt und alle Abweichungen von demselben, gleichgiltig ob sie ein moralisches Verschulden involviren, ob sie auf mangelnder Willensanspannung oder mangelnder Intelligenz oder physischer Kraft beruhen, als Schuld bezeichnet. Allein auch dieser Schuldbegriff reicht nicht aus, um die Haftung in den besprochenen Fällen zu begründen. Vielmehr wird hier an Stelle des Normal- oder Durchschnitts-Typus ein Vollkommenheitstypus, ein Massstab vollster erfahrungsgemäss erreichter Tüchtigkeit gesetzt, wie man ihn im übrigen nicht zu Grund legt[34]).

33) So trotz l. 6 § 7 D. 1, 18.

34) Auch die römischen Sätze imperitia oder infirmitas culpae

Ist dieses Sachverhältniss klar erkannt, so kann man sich die herkömmliche Terminologie, die von einer Schuld im weiteren Sinne spricht, wohl gefallen lassen. Man wird sich aber gegenwärtig zu halten haben, dass der Gedanke der Gefährdungshaftung, der jenen gesteigerten Anforderungen in Wahrheit zu Grund liegt, auch aus dem Zusammenhang mit der Schuldfrage losgelöst und selbständig zur Anwendung gebracht werden kann.

Kehren wir zu dem Begriff des Zufalls zurück, so ergibt sich aus dem bisher Ausgeführten, dass er schon bei seiner Gegenüberstellung mit der Schuld in einen gewissen Gegensatz zu dem Begriff der Gefährdung tritt.

Noch entschiedener werden wir auf einem andern Gebiet zu diesem Gegensatz geführt, auf einem Gebiet, auf dem niemals der Versuch gemacht wurde, die Gefährdung unter den Schuldgesichtspunkt zu bringen. Es ist das die vielumstrittene Lehre vom unabwendbaren Zufall oder der höheren Gewalt. Von jener Gegenüberstellung von Zufall und Gefährdung aus dürfte es nämlich möglich sein, den so oft gebrauchten aber wenig geklärten Begriff zur Abgrenzung zu bringen.

Der Begriff ist zuerst von der römischen Jurisprudenz ins Leben gerufen worden bei der Haftung bestimmter Unternehmer, vor allem der Gastwirthe und Schiffer [35]), für

adnumeratur (Pernice Labeo II 1. Aufl. S. 336 und die dort citirten Stellen) reichen für sich nicht aus, um diese strenge Haftung zu rechtfertigen. Denn gewiss hätte man bei einem Arzt imperitia nicht angenommen, wenn er nur hinter der höchsten erreichten Stufe ärztlicher Kunst zurückbleibt.

35) Welche Unternehmer dieser Haftung unterlagen und wodurch die Casus-Haftung und ihre Begrenznng eingeführt war, ob durch prätorisches Edikt oder durch Gewohnheits- oder Juristenrecht, welche Rolle das salvum fore recipere dabei spielte, welche der Custodiabegriff, kann hier dahingestellt bleiben. cf. darüber neuestens Schneider, vis major und Haftungsprinzip in Zeitschr. f. Handels-

die Rückerstattung der in ihren Gewerbebetrieb aufgenommenen Gegenstände. Diese Unternehmer sollten zwar nicht für jeden Zufall aufkommen, sie sollten frei sein, wenn sie Blitz, von aussen her übertragene Feuersbrunst, Ueberschwemmung, feindlichen Ueberfall u. dergl. nachwiesen. Wohl aber mussten sie haften für andere Ereignisse, die ebenfalls ohne jegliches Verschulden ihrerseits eintreten konnten, vor allem für Diebstähle und Sachbeschädigungen ihres Personals und der von ihneu aufgenommenen Gäste und Passagiere. Auf Grund dieser Entscheidungen wurde nun der herkömmliche Zufallbegriff in zwei Unterarten zerlegt, den gewöhnlichen oder niederen Zufall, für den die Unternehmer zu haften haben, und den unabwendbaren Zufall, oder die höhere Gewalt, welche von der Haftung befreit.

Dieser letztere Begriff ist sodann in neuerer Zeit auf eine Reihe anderer Gebiete übertragen worden [36]) und auch in die Entwürfe zum deutschen Civilgesetzbuch eingedrungen [37]). Namentlich wird die Haftpflicht der Eisen-

recht Bd. 44 S. 82—94. (Diss. S. 11—23.) Der betr. Schriftsteller kommt in seiner Ahhandlung über Vermuthungen und zwar zum Theil recht wenig substantiirte Vermuthung nicht hinaus. Die Grundanschauung, dass die vis major die ediktmässige Schranke für freiwillige Uebernahme einer Garantiepflicht gewesen sei, dürfte schwerlich Anhänger finden.

36) HGB. A. 395, 607, Gesetz über das Postwesen des Deutschen Reichs vom 28. Okt. 1871 § 11 Z. 2. Zu vergl. auch Uebereinkommen betreffend den Austausch von Briefen und Kästchen mit Werthangabe vom 4. Juli 1891 A. 11 Z. 1; Uebereinkunft hetreffend den Austausch von Postpaketen A. 13 Abs. 1, und internationales Uehereinkommen über den Eisenhahnfrachtverkehr vom 14. Oktober 1890 A. 18 (hier ist neben die „höhere Gewalt“ der „Zufall“ gesetzt). Bei Seite bleiben die Fälle, in denen der Ausdruck höhere Gewalt der französischen Terminologie entsprechend, einfach gleich Zufall gebraucht wird.

37) EGB. 2. Lesung § 97, 169, 641, 1871, in den Reichstagsvorlagen § 118, 198, 688, 1971. In der letzten Fassung ist die Bestimmungdes § 118 beseitigt. im übrigen cf. § 203, 701. 1996.

bahnen für durch den Betrieb veranlasste Körperverletzungen und Tötungen nur bis zur Grenze der höheren Gewalt geführt [38]).

Trotzdem herrscht über das Princip der Abgrenzung dieses Begriffs bis auf den heutigen Tag erbitterter Streit. Es hat sich namentlich die Frage erhoben, ob denn überhaupt in allen Fällen, in denen von höherer Gewalt gesprochen wird, dasselbe Princip zu Grund gelegt werden dürfe. Der 22. deutsche Juristentag hat, diese Frage verneinend, den einstimmigen Beschluss gefasst, jede weitere Verwendung des Begriffs zu widerrathen [39]). Ueber die Angemessenheit der Bezeichnung „höhere Gewalt" wird man ja streiten können, dass aber abgesehen von den Fällen zweifellosen legislatorischen Missgriffs [40]) überall ein einheitlicher Grundgedanke aufgefunden werden kann, und zwar ein Grundgedanke, der an die allgemeinen Vorstellungen über Zufall unmittelbar anknüpft, dürfte nachweisbar sein.

Einig ist man darüber, dass weder die Bezeichnung „höhere Gewalt" noch die römischen Beispiele einer solchen genügenden Anhalt für die Abgrenzung abgeben. Es ist also, wie ebenfalls neuerdings immer mehr erkannt wird [41]), auf den legislativen Grund zurückzugehen, durch den die

38) Deutsches Haftpflichtgesetz vom 7. Juni 1871 § 1.

39) Verhandlungen des 22. Deutschen Jnristentags IV S. 121.

40) Ein solcher liegt, abgesehen von den vorn erwähnten Verwendungen in CPO. und SPO. (s. N. 24) zu Grunde in § 203 und 1996 des EGB. In § 1996 wird trotz Verwendung des technischen Ausdrucks höhere Gewalt die Interpretation wie bei § 44 der SPO. und 211 der CPO. dazu führen, die höhere Gewalt einfach in Gegensatz zum Verschulden zu stellen. Bei § 203 wird wie schon bisher nach gemeinem Recht an objektive nicht in der Person des Anspruchsberechtigten begründete Hindernisse zu denken sein.

41) Gelpcke, Gutachten für den 22. Deutschen Juristentag (Verhandl. I S. 368). Anders freilich wiederum Schneider a. a. O.

strengere Haftung bestimmter Unternehmungen, vor allem der Gastwirthschafts- und Schifferei-Betriebe, gerechtfertigt wird. Dabei ist nicht nach dem historischen Grund zu forschen, der die Römer zu dieser Haftung geführt haben mag. Es ist für uns von untergeordneter Bedeutung, zu wissen, ob im römischen Verkehr ursprünglich die Sitte bestand, dass Wirthe und Schiffer solche Garantiehaftung freiwillig übernahmen, oder ob wirklich diese Personen ein so zweifelhaftes Gesindel waren, dass mit Ausnahmemassregeln vom polizeilichen Standpunkt gegen sie vorgegangen werden musste. Mit Sicherheit wird sich das nicht mehr feststellen lassen. Die erstere Erscheinung würde selbst wieder einer Erklärung bedürfen [42]) und der zweite Grund trifft für unsere Verhältnisse keinenfalls mehr zu. Es hätte sich, wenn nicht schon bei den Römern, doch in der deutschen Praxis ein anderer Haftungsgrund untergeschoben. Wir fragen vielmehr, was uns heutzutag veranlasst, eine solche strengere Haftung für angemessen zu halten [43]). Das heutige Haftungsprincip muss auch für die Begrenzung der Haftung im heutigen Recht massgebend sein.

Da ist denn schlechterdings nicht zu helfen mit dem Ver-

42) Einen m. E. nicht gelungenen Versuch hiezu macht neuestens Schneider a. a. O. Nach ihm soll namentlich die mangelhafte Entwicklung des culpabegriffs, auf den die gesetzliche Haftung beschränkt war, Anlass zu besonderen Abmachungen, die übrigens nach Meinung des Verfassers vor Erlass des edictum de recepto klaglos waren (!), gegeben haben (S. 89, 90, Diss. 18, 19).

43) Dies geschieht unzweifelhaft, es fragt sich nur, ob wir nicht das Bedürfniss empfinden, die strenge Haftung auf weitere Betriebe auszudehnen. (S. darüber von Schey, Verhandlungen des 22. Juristentags, Gutachten II S. 58, 59, der nur den Fehler begeht, dieses Ausdehnungsbedürfniss gegen die Beibehaltung der strengeren Haftung bei Wirthen, Schiffern und Frachtführern ins Feld zu führen.)

sicherungsgedanken. Wenn gesagt wird, diese Unternehmungen seien gleichsam (!) Versicherungsanstalten für die mit ihnen in Verkehr tretenden Personen [44]), so ist damit nur die Thatsache der Haftung noch einmal ausgesprochen. Von freiwilliger Uebernahme der Garantie ist ja nicht die Rede. Dieselbe wird auferlegt. Aber warum? — Auch mit der weiteren Wendung [45]), dass die Uebernahme solcher Versicherung zu einem möglichst gut eingerichteten Geschäftsbetrieb gehöre, dass der Unternehmer die zweckmässigsten Einrichtungen zum Schutze des Publikums treffen müsse, ist nicht geholfen. Auch das ist nicht mehr als eine Umschreibung der Behauptung, dass eine solche Haftung angemessen sei. Warum haftet er denn nicht für noch bessere Einrichtungen, warum legt man ihm nicht die Garantie für alle Zufälle auf? An einem Kriterium für die Abgrenzung der Versicherungspflicht fehlt es, wie man sieht, vollständig, und so lange es fehlt, dürfte der entscheidende Gesichtspunkt nicht gefunden sein.

Drei Gründe sind denkbar, auf welche die Haftung gestützt werden könnte. Einer davon ist schon wiederholt hervorgehoben, der Beweisnothstand, in dem Gast und Passagier dem Unternehmer gegenüber sich befinden [46]). Wie soll man demselben ein Verschulden, oder wenn er dafür auch haftet, ein Verschulden seiner Leute nachweisen? Besser also, so heisst es, man erklärt den Unternehmer principiell für haftbar,

44) Dernburg, Pand. (4. Aufl.) II S. 108.

45) Dernburg a. a. O.

46) So namentlich von Exner in Grünhuts Zeitschrift Bd. 10 S. 495, der auf diesen Gedanken die Haftung bis zur vis major gründen will; cf. auch von Schey, Verhandl. des 22. Juristentags II S. 649. Regelsberger, Pand. I. S. 649. Auch Schneider a. a. O. (Zeitschrift für HR., Bd. 44) sieht den Beweisnothstand als den treibenden Grund für die Steigerung der Haftung an.

und verstattet ihm nur den Beweis, dass ein seine Schuldlosigkeit auf den ersten Blick klarlegendes Ereigniss stattgefunden habe. Dabei kommt man dann dazu, die höhere Gewalt zu bestimmen als ein Ereigniss, „welches seinen Ursprung ausserhalb des Betriebskreises des Unternehmers hat und vermöge der Art und Weise seines Auftretens die im gewöhnlichen Lauf des Lebens eintretenden Zufälle augenscheinlich übersteigt".

Dem Beweisnothstand wäre allerdings durch solche Regulirung abgeholfen, aber nur allzu gründlich. Wenn man die Beweislast umkehrt, vom Unternehmer verlangt, dass er unter Darlegung des ganzen Hergangs seine und seiner Leute Schuldlosigkeit beweise, so würde das schon vollkommen genügen. Desshalb kann der Gedanke des Beweisnothstands zur Begründung der Haftung im heutigen Recht nicht dienen[47]). Ob er bei der Einführung derselben durch die Römer eine Rolle spielte, wird nicht festzustellen sein und ist ohne Belang für das heutige Recht.

Es werden vielmehr zwei nebeneinander herlaufende Erwägungen von entscheidender Bedeutung sein. Einmal steht es in der Macht des Unternehmers, die denkbar besten Einrichtungen zur Abwendung der mit seinem Betrieb erfahrungsgemäss verbundenen Gefahren zu treffen, durch neue Erfindungen über das zur Zeit Bekannte und Uebliche hinauszugehen. Dazu spornt man ihn an, wirkt also im Interesse des wirthschaftlichen Fortschritts, wenn man ihm die Haftung für die Betriebsgefahren auferlegt. Dieses Moment kommt im weitesten Umfang bei den verschiedensten Arten von Unternehmungen in Betracht und müsste für sich allein

47) Auch Schneider a. a. O. kommt von seinem Ausgangspunkt (s. v. N.) zu dem Resultat, dass de lege ferenda nur eine Umdrehung der Beweislast angeordnet werden sollte.

zu einer erheblichen Ansdehnung der strengen Haftung führen. Hierzu tritt aber noch ein zweiter specieller Gesichtspunkt, der noch mehr ins Gewicht fallen dürfte. Es erscheint billig, bei grösseren und complicirteren Unternehmungen, die wegen der Unübersehbarkeit des Betriebs durch den Unternehmer und wegen der vollständigen Machtlosigkeit des Gegencontrahenten diesem und dem Publikum leicht Schaden bringen, auf der andern Seite aber einen nicht unerheblichen Gewinn abzuwerfen pflegen, gewisse Gefährdungen zu den Betriebskosten des Unternehmens zu rechnen. Dieser Gesichtspunkt macht sich in hervorragendem Masse geltend beim Gasthofs- und Schiffahrts-Betrieb, sowie bei den im neueren Rechte daran angeschlossenen Fällen. Dass es noch andere Betriebe gibt, bei denen er ebenso eingreifen könnte, soll nicht geläugnet werden.

Durch beide Gedankengänge werden wir zunächst auf den Begriff der Betriebsgefahr verwiesen, den es nunmehr zu bestimmen gilt.

Da wird man denn nicht fehl gehen in der Annahme, dass dieser Gefährdungsbegriff auf einer Vergleichung beruht und man wird desshalb den Normalfall, den Vergleichungspunkt, zu bestimmen haben, von dem aus das Verhalten des Betriebsunternehmers als Gefährdung erscheint. Sind nur einzelne Betriebe, wie derjenige des Gastwirths und Schiffers oder der Eisenbahnbetrieb, als gefährdende behandelt, so liegt es am nächsten, dieselben mit den Unternehmungen zu vergleichen, bei denen keine Haftpflicht besteht[48]), also etwa den Eisenbahnbetrieb mit den gewöhnlichen Transportgewerben, den Gasthofsbetrieb

48) So richtig Rosin, Der Begriff des Betriebsunfalls. Archiv für öffentl. Recht III S. 291—362 B. II. Unrichtig RG. Entsch. Bd. 14 S. 83. Eine andere Möglichkeit wäre, soweit es sich um die Rückerstattung anvertrauter Sachen handelt, die Situation, in der

mit sonstigen Geschäften, bei denen fremde Sachen übernommen werden. Zieht man diesen Vergleich, so kommt man zu dem Resultat, dass Gasthofs- und Schiffahrts-Betrieb sich ausser durch die Schwierigkeit der Ueberwachung und die nothwendige Zuziehung verschiedenartiger Hilfskräfte dadurch auszeichnen, dass es in denselben unvermeidlich ist, eine grössere Anzahl von Personen, die weder unter sich noch dem Betriebsunternehmer bekannt sind, in nahe Berührung miteinander oder wenigstens mit gegenseitigen Vermögensstücken zu bringen [49]). Im modernen Verkehr treffen diese Gesichtspunkte auch beim Frachtgeschäft zu Lande zu. Dadurch wird die Gefahr des Diebstahls und der Sachbeschädigung besonders nahe gelegt. Beim Eisenbahnunternehmen ist es ausserdem die gewöhnlich in Dienst genommene Elementarkraft, das Geräusch und die Schnelligkeit der Bewegung und das Gewicht der bewegten Masse, was die spezifischen Betriebsgefahren hervorbringt.

Ist auf die geschilderte Weise durch Vergleichung das Vorhandensein einer Betriebsgefahr festgestellt, so kommt nichts mehr darauf an, ob die Betriebsthätigkeit zunächst

---

sich diese Sachen im Hause ihres Eigenthümers befinden, zum Ausgangspunkt zu nehmen. Dies scheitert schon daran, dass die Haftpflicht von diesem Gesichtspunkt aus in einer grossen Zahl weiterer Fälle statuirt sein müsste, dass dann nicht einzusehen wäre, warum nicht auch die Uebergabe von Sachen zur Reinigung oder Verarbeitung eine besondere Haftung des Uebernehmenden hervorbringt. So lange man sich also nicht auf den von Baron für das gemeine Recht vertretenen Standpunkt stellen will (civ. Archiv Bd. 52 S. 44 ff. Bd. 78 S. 203 ff.) wird man diese Vergleichung fallen lassen müssen. Was geht ausserdem den Gewerbtreibenden die Situation der Sache im Hause ihres Eigenthümers an?

49) Hervorgehoben von Gelpcke und Schey in den citirten Gutachten zum 22. Juristentag und von Pfersche in den Verhandlungen desselben (IV S. 108),

zu einer Begünstigung weiterer schädlicher Bedingungen führt, oder ob die durch den Betrieb gesetzten Bedingungen sich mit anderen selbstständig gegebenen zu dem schädlichen Erfolg verbinden. Ein Beispiel für die erste Kombination liegt vor, wenn das Zimmermädchen im Hotel durch die aufgenommenen Sachen zum Diebstahlsentschluss gereizt wird. Der zweite Fall ist gegeben, wenn durch starken Wind die Funken der Lokomotive auf einen benachbarten Holzschuppen getrieben werden.

So wäre denn jedenfalls vis major was sich überhaupt nicht unter den Begriff der spezifischen Betriebsgefahr bringen lässt. Insofern ist der Zufallbegriff in seinem Gegensatz zum Gefahrbegriff von entscheidender Bedeutung für die Abgrenzung. Nun reicht aber keineswegs jede Betriebsgefahr aus, um den Unternehmer haftbar zu machen. Die Gefährdung muss vom Standpunkt des Unternehmers aus erkennbar gewesen sein, es muss wenigstens ersichtlich gewesen sein, dass ein Umkreis von Gefahren eröffnet werde, zu welchen auch die verwirklichte gehört [50]). Dies ergiebt sich aus den beiden zuvorgenannten Rechtfertigungsgründen der Haftung gleichmässig. Denn wie sollte sich die Zumuthung, die Ersatzverpflichtungen als Betriebsunkosten in Rechnung zu ziehen, ohne die Voraussetzung der wenigstens generellen Vorhersehbarkeit begründen lassen?

Ist daher die Begünstigung des schädlichen Erfolgs nur darauf zurückzuführen, dass die eigenthümlichen Betriebseinrichtungen zusammenwirken können mit selbständigen betriebsfremden Ereignissen, so kommt es darauf an, ob jenes selbständige Ereigniss ein solches ist, mit dem im Verkehr

50) Dieser und der f. Gesichtspunkt dürfte nicht genügend hervorgehoben sein in der öfter citirten Abhandlung von R. Merke über die Collision rechtmässiger Interessen.

überhaupt noch gerechnet wird. Man pflegt im allgemeinen nicht zu rechnen mit Erdbeben, Bergabstürzen, mit der Eventualität, dass der Blitz in einen Eisenbahnzug einschlägt oder einen einzelnen nicht besonders exponirten Menschen trifft [51]).

Auch bei der Begünstigung weiterer schädlicher Bedingungen durch den Betrieb kann sich Unvorhersehbarkeit ergeben. So wird man zwar die Diebstähle seitens des Personals und der Passagiere als voraussehbare Betriebsgefahren bezeichnen, aber mit grosser Raffinerie und besonderer Ruchlosigkeit ausgeführte Verbrechen, wie das Thomasdelikt, werden, obwohl sie durch die Art und Weise des Betriebs begünstigt sein mögen, nicht zu denselben zu zählen sein. Auch mit einer derartigen Energie des verbrecherischen Willens pflegt man im Verkehr nicht zu rechnen.

Hier greift übrigens auch noch ein weiterer Gesichtspunkt herein, der Gesichtspunkt der Unabwendbarkeit. Auch vorhersehbare Betriebsgefahren werden als höhere Gewalt bezeichnet, wenn sie als schlechthin unabwendbar gedacht werden [52]).

Mit diesem Merkmal der Unabwendbarkeit wird ein neues, dem Zufallsbegriff an sich völlig fremdes Moment in die Betrachtung eingeführt. Jenem Merkmal liegen Aequitätserwägungen eigenthümlicher Art zu Grunde, die allerdings durch die Gegenüberstellung von abwendbaren und unabwendbaren Betriebsgefahren nicht vollständig zum Ausdruck gebracht werden.

51) Vergl. darüber W. Stintzing über vis major im Zusammenhang mit periculum und Haftung. civ. Arch. Bd. 81 S. 462, 463, wo namentlich auch die Relativität der Verkehrsanschauungen richtig hervorgehoben wird.

52) Schneider a. a. O. führt aus, dass nicht bloss das schädigende Ereigniss, sondern auch der Unfall unabwendbar sein müsse. In dem Ausdruck „unabwendbare Gefahr“ dürfte beides enthalten sein.

Dass die Frage der Abwendbarkeit Berücksichtigung finden muss, ist nach den hervorgehobenen Prinzipien der Haftung einleuchtend. Ist gar keine Abwendungsmöglichkeit vorhanden, so kann von einem Anspornen zu bestmöglichen Einrichtungen keine Rede mehr sein, vor allem aber erscheint es unbillig, die Unternehmer höchst wünschenswerther, ja unentbehrlicher Betriebe für gänzlich ausserhalb ihres Machtbereichs liegende Dinge verantwortlich zu machen. Namentlich denjenigen Personen, die mit dem Unternehmer Verträge schliessen, also seines Betriebs bedürfen, lässt sich die Unbilligkeit eines solchen Verlangens entgegenhalten.

Um die Unternehmerhaftung auch auf die unabwendbaren Betriebsgefahren auszudehnen, müssen noch besondere Gründe, wie z. B. eine besonders privilegirte Stellung des Unternehmers oder die Erkenntniss, dass er die Garantie leicht tragen kann, ins Gewicht fallen.

Der Einwand, der gegen eine solche Hereinziehung des Moments der Unabwendbarkeit zunächst zu erwarten steht, ist zu wiederholten Malen geltend gemacht worden. Man sagt, in weitaus den meisten Fällen handle es sich doch gar nicht um vollständige Unabwendbarkeit des schädlichen Erfolgs. Mit dem Aufwand ganz besonderer Mittel werde, was überhaupt vorhersehbar sei, auch abgewendet werden können. Erwiedert man hierauf, dass ein unsinniger Aufwand, der in keinem Verhältniss zum Betrieb und dessen Erträgnissen stehe, dem Unternehmer nicht zugemuthet werde, dass die nur auf diesem Wege abwendbaren Beschädigungen den unabwendbaren gleichzustellen seien, so wird replicirt: also soll es doch darauf ankommen, was dem Unternehmer vernünftigerweise zugemuthet werden kann. Damit sei man beim Verschuldungsgesichtspunkt angelangt. In der That scheint es auf den ersten Blick, sobald man über die gebotenen Vor-

beugungsmassregeln hinausgeht, keine zweite fest bestimmbare Grenze für die Abwendbarkeit mehr zu geben, die zugleich als Grenzlinie für die Haftung aufgestellt werden könnte.

Und doch beruht die so oft wiederholte Behauptung, dass man bei dem Versuch, die unabwendbaren Zufälle vom Standpunkt der einzelnen Betriebe aus zu bestimmen, immer wieder auf den Gesichtspunkt der Verschuldung zurückgeführt werde [53]), auf einem Irrthum. Eine zweite Grenzlinie lässt sich ziehen. Es giebt Zufälle, denen nur durch Unterlassung des ganzen Betriebs oder durch generelle Massregeln, die den wirthschaftlichen Ertrag des Unternehmens ausschliessen würden, entgangen werden kann. Jene unwirthschaftlichen Massregeln sind es, die man gemeinhin als ganz unsinnige, vom Standpunkte des praktischen Lebens nicht in Erwägung zu ziehende, bezeichnet.

Man denke z. B. an das Verlangen, dass zur Vermeidung der Seeräubergefahr jedes Frachtschiff durch ein den Räubern in allen Fällen überlegenes Kriegsschiff begleitet werde. Hier liegt die Gleichstellung mit den Fällen vollständiger Unabwendbarkeit auf der Hand.

Wo wir positiv wissen oder doch nach Grund unserer bisherigen Erfahrung bestimmt annehmen dürfen, dass wir niemals in der Lage sein werden, mit wirtschaftlich möglichen Mitteln der Gefahr generell vorzubeugen und wo die Zufälle auch nicht derartig sind, dass sie in concreto vielfach abgewendet werden, weil eben im Einzelnen Gegenwirkungen und Vorsichtsmassregeln aller Art möglich sind, da wird man berechtigt sein, den Begriff des unabwendbaren Zufalls und der unabwendbaren Betriebsgefahr aufzustellen.

53) So Gelpcke, Gutachten a. a. O. I 364, 382 und Merkel a. a. O. S. 210. Richtig RG. Bd. 19 S. 37 ff.

Es sind also zwei Gruppen von Fällen, die der höheren Gewalt principiell gegenüberstehen; einmal die Fälle, in denen eine generelle Verhütung nicht gänzlich ausgeschlossen erscheint. So wird man z. B. Erfindungen nicht für ausgeschlossen halten, welche den schädlichen Funkenwurf der Lokomotive verhindern und desshalb wird derselbe niemals der höheren Gewalt beizuzählen sein. Es giebt aber auch noch eine zweite Gruppe, bei der zwar von einer generellen Abwendung keine Rede sein kann aber doch im Einzelnen ein Einwirken und Eingreifen des Unternehmers in verschiedenster Weise möglich ist. Man pflegt hier vielfach davon zu sprechen, dass die betreffenden Ereignisse in der Machtsphäre des Unternehmers entstehen, dass eine Möglichkeit der Einwirkung in abstracto gegeben sei [54]). Es gehören dahin z. B. die Diebstähle des Personals und der Passagiere, die durch Schadhaftigkeit einer Maschine entstandenen Unfälle und dergleichen mehr.

Viel gewichtiger ist ein zweiter Einwand, der meist von dem bisher besprochenen nicht genügend getrennt wird, der Einwand nämlich, dass bei Ausschluss aller in dem erörterten Sinn unabwendbaren Betriebsgefahren, die Haftung viel zu sehr eingeengt würde, dass die Praxis, namentlich wo es sich um die Haftung der Eisenbahnen nach dem Haftpflichtgesetz handle, ganz entschieden über die möglicherweise noch abwendbaren Gefahren hinaus eine Verantwortlichkeit statuire. So z. B., wenn die Eisenbahnen für Unfälle haftbar gemacht werden, die in Folge des Scheuens von in die Nähe des Bahnbetriebs kommenden Pferden entstehen.

Die ins Feld geführte Thatsache, die Tendenz, die modernen Grossbetriebe in strengerer Weise haften zu lassen,

54) Merkel a. a. O. S. 166.

55) RG. Bd. 19. S. 37 ff. Dieser Gesichtspunkt wird namentlich scharf hervorgehoben von Merkel a. a. O. S. 208 ff.

ist zweifellos. Es greifen hier jedoch weitere, im Vorhergehenden schon berührte, Aequitätserwägungen ein, welche ihrerseits wieder den Gedanken, dass für offensichtlich Unabwendbares nicht eingestanden werde, paralysiren oder modificiren. Schon im römischen Recht mochte der Gedanke an das genus hominum, zu dem die nautae und caupones gehörten, in Fällen in denen die Evidenz der Unabwendbarkeit zweifelhaft war, zur Haftung führen. Die modernen Grossbetriebe aber, insbesondere der Eisenbahnbetrieb, nehmen zweifellos eine solche Ausnahmestellung ein, dass die weitergehende Haftung als Aequivalent eben für diese Ausnahmestellung aufgefasst werden kann. Kraft der faktischen Monopolstellung, kraft deren solche Betriebe dem Publikum die Geschäftsbedingungen vorzuschreiben vermögen, sind dieselben auch in der Lage, eine umfassende Garantiehaftung zu übernehmen. Die Rücksichtnahme auf den Betriebsunternehmer wird hier in den Hintergrund gedrängt, so dass man mehr und mehr dem Gedanken einer vollen Garantiehaftung entgegensteuert.

Diese Erwägungen werden, wie schon angedeutet, sich stärker geltend machen, wo dem Betriebsunternehmer nicht ein Gegencontrahent, der seine Thätigkeit in Anspruch nimmt, sondern ein beliebiger Dritter, dem die Gefahren octroyirt wurden, gegenübersteht. Dieser wichtige Gegensatz zwischen Gefährdung des Vertragsgegners und Gefährdung des Publikums ist leider bisher weder in der Gesetzgebung noch in der Theorie und Praxis genügend berücksichtigt worden.

Nichtsdestoweniger kann und darf auch hier noch eine Beschränkung der Haftung auf Grund des Gedankens der Unabwendbarkeit oder auf Grund verwandter Aequitätsrücksichten Platz greifen. Dass dies de lege lata der Fall, ergibt sich aus der ganzen historischen Entwicklung, aus der Wahl des Ausdrucks „höhere Gewalt“ in den Gesetzen, aus dem An-

schluss an die römischen Haftungsfälle, bei denen, wie das Beispiel der vis piratarum zeigt, die Abwendbarkeit der Gefahr von entscheidender Bedeutung für die Abgrenzung der Haftung war.

Auch bei den modernen Grossbetrieben kann sich noch ergeben, dass sie gewisse Garantieen ohne die Gefahr vollständigen Ruins nicht zu tragen vermögen. Wo sich eine so unverhältnissmässige Belastung ergeben würde, pflegt man von unabwendbaren Zufällen, für die nicht eingestanden wird, zu reden, indem man damit die andern, für welche die Garantie getragen werden kann, ungenauerweise den abwendbaren zuschiebt.

Insbesondere wird man aber auch hier, wie schon mit Recht hervorgehoben wurde [56]), diejenigen Unglücksfälle, die der Initiative einer vom Unternehmer gänzlich unabhängigen, seiner Controlle nicht unterworfenen, Person entspringen, den unabwendbaren Zufällen beizählen, sobald man nicht in concreto die Abwendung von Seiten des Unternehmers hätte erwarten können, denselben und dessen Personal also kein Verschulden trifft [57]). So wenn ein Wahnsinniger sich auf die Schienen wirft, wenn wie im Fall Thomas ein verbrecherischer Anschlag gegen die ganze Unternehmung gerichtet wird, wenn Soldaten auf Befehl ihres Vorgesetzten auf dem Bahnkörper sich befinden zu einer Zeit, da der Zug mit voller Geschwindigkeit heranbraust oder wenn das Publikum sich benimmt, wie bei jenem bekannten Steglitzer Eisenbahnunglück [58]).

---

56) Merkel a. a. O. S. 208 ff., cf. auch die von ihm S. 211 N. 1 Citirten.

57) S. darüber auch Unger, Handeln auf eigene Gefahr. S. 90, 91, 92.

58) Diese Fälle sind hervorgehoben von Merkel a. a. O. S. 190, 191. Es sind das die Fälle, in denen das von ihm sog. Moment des aktiven Interesses eine entscheidende Rolle spielt. Merkel dürfte nur irren, wenn er meint, dass dieses Moment ausschliesslich in Betracht zu ziehen sei (s. S. 208—216).

Hier zeigt sich ebenso wie bei der Zurechnung eines sich auf Grund ursprünglicher ersatzpflichtiger Verletzung weiterentwickelnden Schadens, dass das spontane Eingreifen dritter Personen so sehr in den Vordergrund der Betrachtung rücken kann, dass man eine Zurechnung nach anderer Seite hin für ausgeschlossen erachtet, oder, wie man sich in der Schadensersatzlehre auszudrücken pflegt, den Causalzusammenhang mit dem ursprünglich zum Ersatz verpflichtenden Ereigniss für abgebrochen erklärt.

So wären es denn verschiedenartige zum Theil sich kreuzende Erwägungen, welche den Begriff der höheren Gewalt endgiltig bestimmen. Den eigentlichen Ausgangspunkt aber bildet der Gegensatz zwischen Zufall und Betriebsgefahr [59]).

Allerdings wird es nun nicht ganz leicht sein, die im Vorstehenden entwickelten Massstäbe im einzelnen Fall richtig zur Anwendung zu bringen und namentlich wird wegen der Rücksichtnahme auf die Leistungsfähigkeit des Betriebs dem Begriff der höheren Gewalt immer eine gewisse Unbestimmtheit anhaften [60]). Aber vor eine unlösbare Aufgabe ist die Praxis nicht gestellt. Ist man sich über die verschiedenen neben einander herlaufenden Gedankengänge erst einmal klar geworden, so wird auch die Casuistik zu bewältigen sein.

Beim Betrieb der Schiffer und Wirthe speciell dürfte sich, wie Windscheid [61]) mit Recht annimmt, ein noch

---

59) Will man schliesslich eine zusammenfassende Bestimmung der höheren Gewalt, so würden darunter fallen 1) alles was nicht Betriebsgefahr ist, 2) die nicht voraussehbaren, 3) die unabwendbaren Betriebsgefahren.

60) Freilich in etwas anderem Sinn als Merkel a. a. O. S. 216 meint.

61) Windscheid, Pand. § 384 N. 6.

bestimmterer Anhalt für die Praxis ergeben. Hier wird nämlich darauf abzustellen sein, was der Unternehmer bei unmittelbarer persönlicher Beaufsichtigung der aufgenommenen Sache, und so dürfen wir erweiternd sagen, bei unmittelbarer Beaufsichtigung seines ganzen Betriebs, mit der Sorgfalt eines tüchtigen Mannes hätte abwenden können [62]). Nicht als ob man diese vollständig undurchführbare persönliche Aufsicht vom Unternehmer verlangt hätte, man hatte nur ein äusserst sinnreiches Mittel entdeckt, um einmal die spezifischen Betriebsgefahren hervorzuheben [63]) und andererseits einen Massstab für die Abgrenzung des Unabwendbaren zu gewinnen. Was durch persönliches Eingreifen des Unternehmers in concreto verhütet werden kann, ist jedenfalls nicht principiell unabwendbar.

Klar ist, dass dieser Massstab vollständig versagen muss bei der Haftpflicht der Eisenbahnen, schon desshalb weil sich hier die spezifischen Betriebsgefahren nicht mehr durch den Gegensatz des unmittelbar beaufsichtigenden sorgfältigen Unternehmers bestimmen lassen. Hier gilt es eben auf das besprochene tiefere Haftungsprincip, das auch der römischen Abgrenzung schliesslich zu Grund liegt, zurückzugehen [64]).

Der Gedanke der Gefährdungshaftung [65]), den wir im bis-

62) Dies ergiebt sich aus der Verbindung, in welche die Quellen des römischen Rechts unsere Haftung mit dem Custodiabegriff bringen. l. 5 pr. D. 4,9; l. 14 § 17 D. 47, 2. Anderer Ansicht Biermann, Zeitschr. d. Sav.-Stiftung Bd. 12 u. Schneider a. a. O.

63) Diese Gefahren: complicirte Organisation, Zuziehung verschiedener Hilfskräfte und vor allem Zusammenbringen unbekannter Menschen, die man nicht alle im Auge behalten kann, sind durch den Gegensatz richtig hervorgehoben.

64) Ein wohlmeinender Versuch in dieser Richtung ist in der Entsch. d. RG. Bd. 19 S. 37 ff. gemacht.

65) Was hier das Princip der Gefährdungshaftung genannt wird, dürfte im Wesentlichen auf dasselbe hinauskommen was Merkel a. a. O. das Princip des aktiven Interesses nennt.

herigen kennen gelernt haben, trägt nun aber noch bedeutend weiter, weit über den Umkreis jener für haftpflichtig erklärten Unternehmungen hinaus, und namentlich in neuester Zeit ist die Tendenz vorhanden, diese Haftung möglichst weit zu spannen. Der Gedanke zeigt sich schon bei den Römern in der nachbarrechtlichen Haftung für schadendrohende bauliche Anlagen oder sonstige schadendrohende Einwirkungen auf Grund und Boden [66]), ferner, was zwar bestritten, in der Haftung gewisser Personen für die ihre Geschäftsführer bei Besorgung der übernommenen Angelegenheiten treffenden Unglücksfälle [67]). Er liegt aber auch zu Grund, wenn man heutzutag für Thierbeschädigungen, für Delikte Angestellter [68]), für fehlgegangene Rechtsgeschäftserklärungen oder für ein objektiv ungerechtfertigtes Arrestverfahren haften lässt [69]). Wie weit man in dieser Richtung gehen kann, hängt ganz davon ab, von welchem Normalmass von Gefahren, die als gewöhnliche von jedem zu ertragende gelten, man den Ausgangspunkt nimmt.

Soweit die Ausdehnung dieser Gefährdungshaftung reicht, soweit wird das Gebiet derjenigen Zufälle eingeengt werden, welche in Ermanglung anderer Anknüpfung an demjenigen hängen bleiben, den sie auf Grund der einmal ge-

---

66) Recht der cautio damni infecti.

67) Es sind dies der Mandant, Deponent und Socius. Die Haftung beschränkt sich auf solche Unfälle, deren Eintritt durch die Ausführung des Auftrags etc. begünstigt war. (Zu vergl. Unger, Jahrb. f. Dogm. Bd. 33 S. 318—340 und neuerdings Eisele im Archiv f. civ. Praxis Bd. 84 S. 319 ff., Maschke, daselbst Bd. 85 S. 123. Dazu noch 2 Berliner Dissertationen von Hanau und St. Kekule.)

68) Bei der römischen Noxalklage und actio de pauperie sind allerdings ursprünglich andere Anschauungen massgebend gewesen.

69) Eine Beschränkung der Haftung auf voraussehbare Gefährdung findet nicht in allen den genannten Fällen statt und ebensowenig spielt das Moment der Abwendbarkeit in allen Fällen eine Rolle.

gebenen Gütervertheilung betroffen haben[70]), und welche man von diesem Gesichtspunkte aus die reinen Zufälle nennen könnte. Insofern treten auch hier Gefahr und Zufall in Gegensatz zu einander.

Irrig wäre es jedoch zu glauben, dass man durch diese Gefährdungshaftung schon einen wirksamen Kampf gegen das blinde Walten des Zufalls zu führen und eine schlechthin billige Schadensvertheilung zu erzielen vermöge. Eine wahrhafte Bekämpfung des Zufalls wird vielmehr von anderem Boden ausgehen, sie wird versuchen, die den Einzelnen, sei es im Handeln, sei es im Leiden, treffenden Schicksalsschläge auf die breiteren Schultern einer Interessentengemeinschaft abzuwälzen [71]). Die Wege zu diesem Ziel sind mannigfach. Theilweise kann es den bedrohten Interessenten überlassen werden, sich durch freiwillige Versicherung zu schützen, theilweise wird die Rechtsordnung durch Zwangsversicherungen, Gründung von Zwangsgenossenschaften oder auch durch Uebernahme des Schadens auf die Gesammtheit, wie sie in jeder Entschädigung aus der Staatskasse liegt, zu helfen haben [72]).

Uns interessirt aus dem Umkreis dieser Massregeln speciell eine Gruppe von Gesetzen, die unmittelbar zu einer weiteren Bedeutung des Zufallbegriffs hinüberführen. Es sind das die Unfallversicherungsgesetze. Dieselben knüpfen

70) Dies die wahre Bedeutung des Satzes: Casum sentit dominus.

71) Zu vergleichen darüber namentlich Steinbach, „Die Grundsätze des heutigen Rechts über den Ersatz von Vermögensschäden" Wien 1888; und Mataja, „Das Recht des Schadenersatzes vom Standpunkt der Nationalökonomie" Leipzig 1888.

72) Wie weit mit solchen Mitteln vorgegangen werden kann und welche Mittel im einzelnen Fall die geeigneten sind, hängt von praktischen Erwägungen verschiedenster Art ab, so dass ein bestimmtes Princip sich nicht aufstellen lässt. Das Vorgehen wird immer ein casuistisches bleiben müssen.

ebenfalls an den Gedanken der Betriebsgefahr an, aber in anderer Weise als wir dies bisher kennen gelernt haben.

Indem man die verschiedenen Arten von Betriebsunternehmern zu sog. Berufsgenossenschaften vereinigte, erlangte man die Möglichkeit, diesen Genossenschaften eine ausserordentlich weitgehende Gefährdungshaftung aufzuerlegen. Man erblickte in der Anstellung der Arbeiter eine Gefährdung derselben gegenüber ihrem gewöhnlichen täglichen Leben [73]) und konnte bei Absteckung der Haftungsgrenzen von der Voraussehbarkeit und Abwendbarkeit des einzelnen Unfalls gänzlich Abstand nehmen. Ja sogar auf die eigene Fahrlässigkeit des Arbeiters soll nichts mehr ankommen [74]). So gelangt man dazu, lediglich nach Eintritt eines Unfalls eine nachträgliche Prüfung eintreten zu lassen, ob derselbe irgendwie im Verhältniss zum gewöhnlichen Leben des Arbeiters durch den Betrieb begünstigt war. Nur wo keinerlei Begünstigung durch solche nachträgliche Prüfung festgestellt werden kann, ist ein Zufall anzunehmen, welcher die Haftung ausschliesst.

Damit sind wir bei einer dritten und letzten Anwendung des Zufallbegriffs im Recht angelangt, bei dem Zufall, der im Gegensatz steht zu einer durch nachträgliche Prüfung — oder wie von Liszt sagt Prognose [75]) feststellbaren Begünstigung. Derselbe Begriff findet sich auch noch auf einem andern Gebiet, nemlich bei der Causalität der schuldhaften Handlungen.

Es fragt sich hier, in wie weit Jemand, der eine schuldhafte Handlung begangen hat, für die weiteren Folgen der-

73) So Rosin, Der Begriff des Betriebsunfalls. Archiv f. öffentl. Recht III S. 291—362 (B. II) und Recht der Arbeiterversicherung § 44.

74) Darüber, ob nicht gewisse Arten von Fahrlässigkeit, nemlich solche, welche eine betriebsfremde Thätigkeit in den Betrieb einführen, doch den Betriebsunfall ausschliessen, vgl. Rosin a. a. O.

75) v. Liszt, Strafrecht 6. Aufl. § 47 II Z. 2. Ueber die Basis der Prognose bei v. Liszt s. u. N. 88.

selben verantwortlich gemacht werden kann, in wie weit andererseits diese Folgen als Zufälle gelten, die nicht mehr zugerechnet werden dürfen.

Z. B. ein Mädchen in der Nähschule ritzt aus Scherz eine andere mit der Nadel. Diese stirbt an Blutvergiftung. Oder um ein neuerdings citirtes Beispiel zu gebrauchen[76]), ein spanischer General ohrfeigt einen marokkanischen Gesandten. Zur Genugthuung soll dieser auf dem schönsten spanischen Kriegsschiff nach Hause befördert werden. Dasselbe geht unter.

Nun gibt es im Civilrecht allerdings Fälle, in denen der schuldhaft Handelnde für jeden Schaden aufkommen muss, der ohne sein Verhalten nicht eingetreten wäre. So wird beispielsweise ein Transportführer, der die ihm übergebene Fracht einen andern Weg gehen lässt als abgemacht war, nicht von seiner Lieferungspflicht befreit, sondern vielmehr auf das Erfüllungsinteresse haftbar, wenn auf dem von ihm gewählten Weg die Waare irgendwie zu Schaden kommt, sei es auch durch Blitz oder Bergsturz[77]).

Allein dies sind Ausnahmen. Für die Regel gilt der Grundsatz, dass man nicht für jeden Erfolg, für dessen Eintritt man eine Bedingung gesetzt hat, verantwortlich gemacht werden kann. In welchem Umfang das eigene Verschulden des Verletzten die Haftung abschneidet, ist mehrfach erörtert[78]) und steht hier nicht in Frage. Es kann

76) s. Merkel, Collision rechtmässiger Interessen S. 207 N. 1 zu 206.

77) Neben dem Fall des absichtlich contractwidrigen Handelns steht derjenige des Verzugs und des bewussten widerrechtlichen Entziehens einer Sache (insb. furtum). Ueberall liegt hier der Fall so, dass der Schuldner von einer Verpflichtung zu liefern oder zurückzuerstatten durch zufälligen Untergang des Leistungsobjekts nicht befreit wird.

78) Wendt in Jh. Jahrb. Bd. 31 S. 153. Fr. Endemann,

aber auch kein Zweifel sein, dass es Zufälle gibt, die zwar erst durch die schuldhafte Handlung ermöglicht worden sind, die aber doch schlechterdings nicht zugerechnet werden können.

Wie sind aber diese Zufälle abzugrenzen? Man pflegt für das gemeine Civilrecht den Satz aufzustellen, dass wenn einmal eine schuldhafte zum Ersatz verpflichtende Einwirkung auf ein fremdes Vermögen stattgefunden habe, auf die Vorhersehbarkeit des schädlichen Erfolgs nichts mehr ankomme. Dies ist insofern richtig als die Vorhersehbarkeit vom Standpunkt des Thäters unerheblich ist. Wohl aber kommt es an auf die objektive Vorhersehbarkeit vom Standpunkt einer nachträglichen Prognose.

Erläutern wir das an Beispielen: Es ist ja kein Zweifel, dass über die Fälle hinauszugehen ist, in denen der schädliche Erfolg unmittelbar hätte vorausgesehen werden sollen, wie z. B. wenn ein Dienstmädchen beim Verlassen einer leerstehenden Wohnung vergessen hat die Thür zu schliessen und nun ein Diebstahl erfolgt. Auch bei blos genereller Vorhersehbarkeit, z. B. wenn der durch seine Verwundung ans Bett gefesselte Gegner bei einem Brand des Krankenhauses umkommt, muss der Thäter, im angeführten Beispiel der Duellant, für den eingetretenen Erfolg verantwortlich gemacht werden. Denn immerhin konnte er sich bewusst sein, einen Umkreis von Gefahren zu eröffnen, zu welchen auch das eingetretene Ereigniss gehört [79]). Man wird aber — so wenigstens die herrschende Ansicht [80]) —

Die Rechtswirkungen der Ablehnung einer Operation 1893, letzterer übrigens mit überwiegend unrichtigen Resultaten.

79) Einen interessanten Fall enthält die Entsch. d. RG. Bd. 13 Nr. 21 S. 60 ff.

80) cf. die bei Windscheid § 258 N. 14 Citierten. insbes. auch RG. Bd. 13 a. a. O. Ebenso Dernburg II § 45 N. 6. So auch das BGB. seit der 2. Lesung. (Zweifelhaft Entwurf I § 704.)

noch einen Schritt weiter gehen und haften lassen müssen, obwohl der Thäter sich den eingetretenen Erfolg gar nicht als im Bereich der Möglichkeit liegend denken konnte und obwohl dies auch für eine mit aller denkbaren Erfahrung ausgestattete und den ganzen concreten Sachverhalt, soweit er zur Zeit der That erkennbar war, überschauende Person, die wir uns an Stelle des Thäters denken, nicht anders gelegen hätte [81]). Es versetzt jemand einem andern einen ganz leichten Schlag und dieser stirbt in Folge einer anormalen Beschaffenheit seines Körpers. Immerhin ist hier eine Vorhersehbarkeit noch in dem Sinn vorhanden, dass man nachträglich, nachdem man die zur Zeit der That vorliegenden Umstände in ihrer Gesammtheit übersieht (auch die durch den Verlauf erst aufgedeckten) sagen kann, der Tod wurde durch den Schlag begünstigt, er hätte sich, wenn man die Körperbeschaffenheit des Verletzten gekannt hätte, vorhersehen lassen. Diese Beurtheilung auf Grund sämmtlicher durch den Verlauf aufgedeckter zur Zeit der That schon vorliegender oder zu erwartender Thatbestandsmomente, ist es was unter Benützung eines v. Liszt'schen Ausdrucks als nachträgliche Prognose bezeichnet werden soll.

Wie aber, wenn man auch bei Kenntniss sämmtlicher zur Zeit der That vorliegender Umstände nicht zu dem Resultat kommt, der Erfolg war voraussehbar? Wie wenn jemand boshafterweise einen andern veranlasste, den Zug zu versäumen und derselbe mit dem nächstfolgenden Zuge verunglückt?

In einem solchen Fall lehrt ja schon der gesunde Menschenverstand (eine freilich nicht immer mit Sicherheit urtheilende Instanz), dass eine Haftung nicht stattfinden darf. Hier kommt auch die herrschende Lehre zu demselben Resultat.

81) Diese Unterscheidung wird allerdings nicht ausdrücklich gemacht, die Gleichstellung dürfte aber doch der herrschenden Meinung entsprechen.

Sie hilft sich mit der Bemerkung, es finde hier gar kein Causalzusammenhang statt, das Verunglücken sei nicht Folge des schuldhaften Handelns, oder es habe eine Unterbrechung des Causalzusammenhangs stattgefunden[82]), oder auch die schuldhafte Handlung sei nur die Veranlassung nicht die Ursache der Beschädigung gewesen[83]). Sieht man aber genauer zu, so findet man, dass das angebliche Fehlen des Causalzusammenhangs doch auf den Gesichtspunkt der Vorhersehbarkeit vom Standpunkt einer objektiven nachträglichen Prognose zurückführt.

Ein Causalzusammenhang in dem Sinn, dass ohne die schuldhafte Handlung der Erfolg nicht eingetreten wäre, ist ja doch zweifellos vorhanden. Man leugnet also den Causalzusammenhang i. e. Sinn, man leugnet, dass die schuldhafte Handlung als die Ursache des Erfolgs gelten könne. Eine einzelne Bedingung des Erfolgs, wie z. B. die menschliche Handlung, als die Ursache zu bezeichnen, ist nur möglich, wenn man die übrigen Bedingungen voraussetzt[84]). Voraussetzen kann man aber allein solche Bedingungen, die zur Zeit der Handlung schon vorhanden waren, oder die sich irgendwie erwarten liessen, deren Eintritt durch den schon vorliegenden Thatbestand irgendwie begünstigt war. Damit sind wir bei der Vorhersehbarkeit vom Standpunkt der nachträglichen Prognose angelangt.

Ganz dieselbe Frage, die wir bisher nur im Hinblick auf das Civilrecht untersucht haben, taucht auch im Strafrecht auf, nemlich da, wo die Verursachung eines schwereren Erfolgs zum Strafschärfungsgrund erhoben ist. So wird

82) Dieser Ausdruck wird allerdings vorzugsweise in anderen Fällen gebraucht.

83) So die unbestimmte Formulirung Dernburg's II § 45 zu N. 7.

84) So richtig neuerdings Hess über Causalzusammenhang und unkörperliche Denksubstrate. Hamburg 1895.

u. a. der Zweikampf, die Körperverletzung, die Gefährdung durch Sprengstoffe strenger gestraft, wenn dadurch der Tod eines Menschen verursacht wurde [85]). Auch bei den Criminalisten dürfte die überwiegende Meinung jetzt dahin gehen, dass eine Zurechenbarkeit des schwereren Erfolgs zur Schuld nicht erfordert werden darf, dass aber auch auf der andern Seite die blosse Bedingtheit des Erfolgs durch die Handlung nicht genügt [86]). Die Handhabe für eine richtige Entscheidung dieser Fälle wird auch hier unserer Ansicht nach, durch die zuvor geschilderte nachträgliche objektive Prognose geboten [87]).

Diese Formulirung entspricht freilich nicht dem bisherigen Stand der kriminalistischen Literatur. Hier wird vielmehr überwiegend der Causalzusammenhang in weiterem Umfang geleugnet, als dies nach unserer Fassung möglich ist, und der subjektive Standpunkt des Thäters wieder in Berücksichtigung gezogen. So wenn gesagt wird, dass bei jeder Art blos singulären Causalzusammenhangs die Zurechenbarkeit verneint werden könne [88]), oder wenn speziell

85) SGB. § 206 (der allerdings vom Töten des Gegners im Zweikampf spricht) § 226. Sprengstoffgesetz § 5 Abs. 3. Weitere Beisp. s. bei v. Liszt § 35 N. 6.

86) cf. v. Liszt, Strafrecht § 28 III 2., IV 3.

87) Es scheiden hier aus die Fälle, in denen die höhere Bestrafung schlechthin, d. h. ohne Nachweis eines Causalzusammenhangs, an den Eintritt eines Erfolgs geknüpft erscheint, wie in § 87, 154 Abs. 2 SGB. Ob übrigens hier nicht nur wegen der Beweisschwierigkeiten vom Nachweis des Causalzusammenhangs Abstand genommen werden soll, bei offenkundiger Indifferenz der schuldhaften Handlung für den betreffenden Erfolg jedoch von der Strafschärfung Abstand zu nehmen ist, mag zur Erwägung gestellt bleiben. Eine besondere Stellung nehmen § 210, 211 d. KO. ein.

88) So v. Liszt, der seinen Begriff der nachträglichen Prognose nur beim untauglichen Versuch (und zwar mit etwas anderer Basis: „zur Zeit der That hervortretende Merkmale") nicht bei der Lehre vom Causalzusammenhang verwerthet. Auch A. Merkel in seinem Lehrbuch des deutschen Strafrechts gelangt in der Lehre vom Causal-

formulirt wird, die Handlung dürfe nicht in zu entfernter Beziehung zum Erfolg stehen, um als möglicher Träger einer subjektiven Verschuldung zu erscheinen [89]).

Und in der That können sich ja auch Bedenken gegen die scharfe Abgrenzung, wie sie durch die Abstellung auf objektive nachträgliche Prognose herbeigeführt wird, erheben. Ist es wirklich gerechtfertigt, dass derjenige, der einer leukämischen Person eine leichte Hautwunde beibringt, an der sie wegen der abnormen Beschaffenheit ihres Bluts zu Grunde geht, wegen Körperverletzung mit nacherfolgtem Tod mit der Mindeststrafe von drei Jahren Gefängniss belegt wird?

Dieselbe Frage lässt sich auf dem Gebiete des Civilrechts aufwerfen [90]). Sollen nicht auch hier alle rein singulären Verkettungen von Umständen ausser Ansatz bei Bestimmung der Schadensersatzpflicht bleiben?

Wir glauben, und zwar nicht blos wegen der Unbestimmtheit der Definitionen, einem solchen Ansinnen entgegentreten zu sollen. Jedenfalls entspricht es im Strafrecht der Fassung des Gesetzes, sowie den in der Entstehungsgeschichte hervorgetretenen Tendenzen [91]), wenn man dem subjektiven Standpunkt des Thäters abgesehen von der Frage der Strafzumessung keine Berücksichtigung zu Theil werden lässt. Auf den subjektiven Standpunkt kommen aber alle jene anderen Theorieen, auch diejenigen, welche die Singularität des Bedingungsverhält-

zusammenhang nur zu der genannten unbestimmten Formulirung (cf. § 38 S. 99). Seine eigenen Ausführungen an anderer Stelle (§ 15 S. 43 lit. a. u. b.) lassen sich aber gewiss auch für die Frage nach dem Causalzusammenhang verwerthen.

89) So Hugo v. Meyer in der neuesten (5.) Auflage seines Lehrbuchs § 28 S. 189.

90) So R. Merkel, Collision rechtmässiger Interessen S. 206.

91) cf. Seeger, Verh. des 9. Juristentags I S. 81 N. 10 (s. auch § 5 des Sprengstoffgesetzes).

nisses als Ausschlussgrund für die Zurechenbarkeit hervorheben, zurück. Dann frägt man, wann denn ein blos singulärer Zusammenhang zwischen Handlung und Erfolg gegeben sei, so kann die Antwort entweder lauten: wenn der Erfolg von der Basis der dem Thäter bekannten oder für ihn erkennbaren Umstände aus nicht zu erwarten war, oder: wenn auch nach Bekanntwerden aller zur Zeit der That vorliegenden und überhaupt feststellbaren Umstände keine Begünstigung des Erfolgs statuirt werden kann. Das letztere ist unser Standpunkt der objektiven nachträglichen Prognose. Schliesst man ihn aus, so bleibt nur der andere subjektive Standpunkt übrig [92]).

Während wir nun durch das Gesetz genöthigt werden, von der Berücksichtigung des Thäterstandpunkts gänzlich Abstand zu nehmen, sind wir zu den Beschränkungen des Causalitätsbegriffs, die sich vom Standpunkt der nachträglichen Prognose aus ergeben, ohne Weiteres berechtigt. Denn diese Beschränkungen sind in dem populären auch vom Strafgesetzbuch verwendeten Verursachungsbegriff schon unmittelbar enthalten. Man sagt nicht, der A habe den Tod des B verursacht, wenn nur auf Grund später eintretender, zur Zeit der Handlung des A auch bei Kenntniss aller feststellbaren Thatumstände in keiner Weise zu erwartender, Bedingungen dieser Erfolg herbeigeführt werden konnte.

Den Härten, zu denen diese oft getadelte Stellungnahme des Gesetzes führt, kann nur durch das Mittel der Begnadigung entgegengetreten werden. Auch im Civilrecht ergeben sich Härten und auch dort wäre es an und für sich denkbar und nach unserer Ansicht sogar wünschenswerth [93]), dass man den subjektiven Momenten bei der

92) Derselbe tritt klar hervor in der Formulirung Hugo v. Meyers, die auf eine culpa levissima ausmünden dürfte.

93) S. auch Degenkolb, Der spezifische Inhalt des Schadenersatzes im civ. Arch. Bd. 76 S. 79, 80, 86, 87.

Bestimmung der Schadensersatzpflicht Rechnnng trüge, indem man etwa dem Richter überliesse, nach billigem Ermessen, unter Berücksichtigung des Masses des Verschuldens und der Voraussehbarkeit der schädlichen Erfolge, die Ersatzsumme auszuwerfen. Aber weder das geltende gemeine Recht noch das künftige Reichscivilrecht lässt etwas derartiges zu. Beide nehmen von dem Moment der snbjektiven Vorhersehbarkeit des Scbadens gänzlich Abstand [94]). Da wird denn ebenfalls nichts anderes übrig bleiben, als bei dem Massstab der objektiven nachträglichen Prognose stehen zu bleiben und den Zufall als den Gegensatz des von diesem Standpunkt aus Vorhersehbaren zu bestimmen.

Nun ist freilich das Verfahren bei der nachträglichen Prognose kein so ganz exaktes, wie es zunächst den Anschein haben könnte. Wir sind auch hier genöthigt, ein quantitatives Moment in die Rechnung mit aufzunehmen. Denn offenbar ist die blos minimale Begünstigung des schädlichen Erfolgs dem Fall, in dem gar keine Begünstigung erkennbar ist, gleichzustellen. So wird man z. B. eine minimale Verwundung, die in Folge plötzlich gefassten Tötungsvorsatzes des Arztes [95]) oder in Folge ganz unverantwortlicher Behandlung [96]) zum Tode führt, nicht mehr als begünstigendes Moment für den tötlichen Erfolg auffassen.

Für die Abgrenzung des Begriffs minimale Begünstigung giebt es nun aber kein festes Mass. Es beeinflussen Gesichtspunkte ganz heterogener Natur, vor allem die Rücksichtnahme auf Art und Mass des bei der strafbaren oder zum Ersatz verpflichtenden Handlung zu Grunde liegenden Verschuldens unser Urtheil [97]). So wird man beispielsweise bei

94) S. o. N. 80.

95) Man denke z. B. an den Fall eines Lustmordes.

96) cf. l. 52 D. 9, 2.

97) vergl. Thon, Festrede v. 16. Juni 1894 zur akademischen Preisvertheilung in Jena. Diese Einwirkung des Schuldmoments wird

vorsätzlicher Körperverletzung ein geringeres Mass von Begünstigung des schwereren Erfolgs genügen lassen, als bei der fahrlässigen[98]). Ist speziell durch eine bestimmte Handlung weiteres schuldhaftes Verhalten anderer Menschen veranlasst worden, so wird, je unverautwortlicher dieses letztere Verhalten erscheint, desto weniger die Neigung bestehen, eine Begünstigung durch die erste Handlung anzunehmen. Insofern muss denn auch hier die endgiltige Feststellung durch die „Werthurtheile und Willensentscheidungen" der Praxis erfolgen[99]). Auch hier wird aber die Praxis bei der quantitativen Bestimmung den richtigen Massstab zu finden wissen.

Wir sind zu Ende! Es hat sich ergeben, dass der Zufall in drei Bedeutungen für die Jurisprudenz in Betracht kommt, im Gegensatz zur Schuld, zur subjektiv voraussehbaren Gefahr und zu der auf Grund objektiver nachträglicher Prognose erkennbaren Begünstigung.

In allen 3 Fällen spielt er die Rolle eines Grenzbegriffs für irgend welche Verantwortlichkeit, und damit hängt zusammen, dass er an Bedeutung verliert, sobald der positive Haftungsgedanke klar erkannt ist, während er zuvor (das zeigt sich namentlich bei der höheren Gewalt) der Praxis einen willkommenen Anhalt bietet. Aus diesem Grund ist jedoch der Begriff noch lange kein wissenschaftlich unfruchtbarer. Im Gegentheil, er fordert uns nicht nur überall, wo er zum Vorschein kommt, auf, die positive Bestimmung des gegenüberstehenden Haftungsprincips vorzu-

man zugeben können, auch wenn man im übrigen vollkommen auf dem Boden der Trennung von Causalitätsfrage und Schuldfrage steht.

98) Für das Strafrecht kommt freilich nur die vorsätzliche Körperverletzung in Betracht. Anders im Civilrecht.

99) G. Rümelin: Werthurtheile und Willensentscheidungen im Civilrecht, Freiburger Rektoratsrede 1891.

nehmen. Er vermag uns auch bei dieser Bestimmung selbst zu führen. Wir fanden durch Zurückgehen auf den allgemeinen Zufallbegriff, dass alle die verschiedenen Schattirungen, die derselbe anzunehmen fähig ist, zusammenhängen mit der Verschiebung des Standpunkts, von dem aus die Vorhersehbarkeit eines Ereignisses bestimmt wird, oder mit der Verschiedenheit des Massstabs, den man in Beziehung auf die Wahrscheinlichkeit des Ereignisses anlegt. Diese Erkenntniss haben wir in der juristischen Untersuchung vollkommen bestätigt gefunden.

In letzter Linie verdanken wir also die Resultate, zu denen wir gelangt sind, dem Anschluss an die Philosophie, und zwar sind es neben der Windelbandschen Schrift und der Rede G. Rümelins über den Zufall, vor allem die vortrefflichen Untersuchungen des Freiburger Physiologen von Kries gewesen, an die wir anknüpfen konnten. Sollte es gelungen sein, auch nur eine der behandelten Lehren um ein kleines Stück zu fördern, so würde sich die alte Wahrheit bestätigen, dass nicht allein in der Arbeitstheilung und dem durch sie bedingten Abschluss der einzelnen Wissenschaftszweige gegeneinander, sondern bisweilen auch in der Ueberschreitung dieser Schranken, in der Verwerthung des von den Schwesterwissenschaften erarbeiteten Materials das Heil zu finden ist.

In diesem Gedanken weiss ich mich, trotz mancher sonstigen Verschiedenheit in den Anschauungen, einig mit dem Mann, an dessen Stelle ich hier trete und dessen allzu frühes Hinscheiden einen so schweren Verlust für unsere Wissenschaft bildet, mit meinem Vorgänger Hartmann. Obwohl seine besondere Stärke in den von Fall zu Fall vorschreitenden Aequitätserwägungen lag [100]) und obwohl

100) S. Degenkolb im civ. Arch. Bd. 84 S. 1 ff.

er der Abstraktion, den Versuchen bestimmter Determinationen, der formalen Logik, wie er es nannte, entschiedene Abneigung entgegenbrachte, so hat er doch durch seine letzte Schrift über Leibniz nicht nur für seine philosophische Bildung, sondern auch für sein Bedürfniss, die eigene Wissenschaft in Zusammenhang mit der Philosophie, namentlich mit der Ethik zu begreifen, ein beredtes Zeugniss abgelegt.